



Universidad de Alcalá

LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

**Una mirada crítica a través del análisis de la OC-24/17
y su impacto para el colectivo LGBTI**

**XIV Máster Universitario en Protección Internacional de Derechos Humanos
(Universidad de Alcalá)**

Autor: Mariano Rodrigo Navas Escribano

Tutor: Prof. Dante Mauricio Negro Alvarado

**LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

**Una mirada crítica a través del análisis de la OC-24/17
y su impacto para el colectivo LGBTI**

Mariano Rodrigo Navas Escribano

**XIV Máster Universitario en Protección Internacional de Derechos Humanos
(Universidad de Alcalá)**

Resumen

El propósito de este trabajo es el de determinar si las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen efectos jurídicos y cuáles son (si son vinculantes o no). Además, en la medida en que la OC-24/17 reconoce derechos para el colectivo LGBTI, también se estudiará la protección de sus derechos en el ámbito universal e interamericano. Finalmente, veremos si existen elementos que permitan favorecer la aplicación de la OC-24/17 en los países americanos.

Palabras clave: Opiniones consultivas, función consultiva, Corte Interamericana de Derechos Humanos, efectos jurídicos de las opiniones consultivas, LGBTI, orientación sexual, identidad de género, expresión de género.

Abstract

This paper aims to determine whether advisory opinions from the Inter-American Court of Human Rights have legal effects and which ones are them (if they are binding or not). Furthermore, due to the fact we're analysing OC-24/17 which recognises some rights for LGBTI people, we will study the protection of their rights in the universal and inter-american scope. Finally, we'll see whether they are elements to make the OC-24/17 binding for the American states.

Keywords: Advisory opinions, advisory function, Inter-American Court of Human Rights, legal effects of the advisory opinions, LGBTI, sexual orientation, gender identity, gender expression.

ÍNDICE DE CONTENIDO

I. INTRODUCCIÓN	8
II. LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	10
1. La función consultiva a nivel internacional	10
A. Origen y naturaleza jurídica de las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia.....	10
B. Efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia y el valor de la jurisprudencia internacional	11
2. El proceso de construcción de la función consultiva como competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	15
A. El nacimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los orígenes de la función consultiva: el Proyecto de los Jurisconsultos	15
B. De la Conferencia Especializada a la Convención Americana: consolidación de la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	17
3. Sujetos legitimados para activar la función consultiva.....	19
4. Objeto de las opiniones consultivas	20
A) Otros tratados “concernientes a la protección de los derechos humanos” en los Estados Americanos	21
B) Interpretación de la DADH y de otros instrumentos sin valor de tratados.....	22
5. Efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la CorteIDH	24
A. Naturaleza jurídica de las opiniones consultivas.....	24
B) Posiciones doctrinales sobre los efectos jurídicos de las opiniones consultivas	26
a) Ausencia de efectos jurídicos vinculantes.....	27
b) La eficacia “moral” como categoría jurídica	28
c) Opiniones consultivas como jurídicamente vinculantes	30
C) ¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la CorteIDH?	33

III. LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17: UN ANÁLISIS DE SU CONTENIDO Y EFICACIA JURÍDICA.....	36
1. La protección universal de los derechos del colectivo LGBTI	36
2. La protección del colectivo LGBTI en la OEA	40
A) Resoluciones de la Asamblea General de la OEA	40
B) La Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia: del soft-law al hard-law.....	43
C) Actividades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: el Informe de 2015 y jurisprudencia.....	46
D) La jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	49
3. Análisis de la Opinión Consultiva OC-24/17	53
A) Planteamiento de la consulta por Costa Rica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos	53
B) Cuestiones trascendentales para el colectivo LGBTI tratadas en la OC-24/17.....	55
a) Derecho de igualdad y no discriminación.....	55
b) Derecho a la identidad de género y al procedimiento de cambio de nombre.....	57
c) El matrimonio entre personas del mismo sexo.....	59
C) Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-24/17.....	61
4. Fuerza ejecutiva de la OC-24/17 en los Estados americanos. ¿Hay elementos que favorecen su aplicación?	62
IV. CONCLUSIONES	68
V. BIBLIOGRAFÍA	71
VI. ÍNDICE DE LA PRÁCTICA.....	75

ÍNDICE DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

CIJ – Corte Internacional de Justicia

CADH – Convención Americana sobre Derechos Humanos

ComisiónIDH – Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CorteIDH – Corte Interamericana de Derechos Humanos

DADH – Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

LGBTI – Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales

OEA – Organización de Estados Americanos

OIT – Organización Internacional del Trabajo

ONU – Organización de las Naciones Unidas

SIDH – Sistema Interamericano de Derechos Humanos

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

I. INTRODUCCIÓN

Si hay un campo del Derecho Internacional Público que ha evolucionado a grandes pasos en los últimos años, ése es, sin duda, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es un cuerpo jurídico creado con la voluntad, por una parte, de dotar a las personas de derechos y libertades con los que poder desarrollarse y vivir su vida con plenitud, y por otra, de constituir auténticas obligaciones jurídicas para los Estados, generando responsabilidad internacional si éstos violan los derechos de las personas presentes en su territorio o dependientes de su gobierno.

Este último punto ha generado, y genera, mucho debate en la doctrina actual, pues no todos los documentos que se crean en el ámbito internacional poseen la misma vinculación jurídica. Así, en principio, un tratado internacional que proteja Derechos Humanos descarga en el Estado obligaciones más contundentes que una resolución de un órgano asambleario de una Organización Internacional.

Y si sobre estos puntos existe debate, más se acrecienta éste cuando hablamos de la función consultiva de los Tribunales internacionales. Las opiniones consultivas son importantes textos jurídicos que han hecho avanzar el Derecho Internacional y han servido para modificar la conducta de los Estados. Concretamente, nos centraremos en la función consultiva ejercida por la CorteIDH por ser una de las que más atención genera en el panorama internacional, y porque el debate sobre sus efectos jurídicos sigue siendo bastante controvertido a día de hoy.

Por eso, en este trabajo trataremos de responder a dos importantes preguntas de rabiosa actualidad: ¿Tienen algún tipo de efecto jurídico las opiniones consultivas de la CorteIDH? Y en caso afirmativo, ¿cuáles son estos efectos y qué impacto tienen sobre la protección de los Derechos Humanos en el ámbito interamericano? El estudio del estado de la cuestión en el seno de la academia a través de la revisión bibliográfica nos servirá para responder a ambas preguntas y tratar de arrojar algo de luz en el asunto.

Y como no creemos en una explicación teórica sin un elemento práctico que nos permita comprobarla y aseverarla, vamos a estudiar este tema sirviéndonos de la muy reciente Opinión Consultiva 24/17 de 24 de noviembre de 2017, que ha constituido un importante revulsivo para un segmento de la población aún muy discriminado en sus derechos: el colectivo LGBTI.

Siguiendo este esquema, hemos distribuido este trabajo en dos amplios capítulos: el primero de ellos trata de repasar toda la discusión doctrinal acerca de los efectos jurídicos de las opiniones consultivas. Para ello, estudiaremos el mayor precedente a nivel universal, que es el caso de la CIJ para, posteriormente, adentrarnos en el caso de la CorteIDH. Describiremos en qué contexto surgió la función consultiva en el continente americano, estudiaremos los principales caracteres que la definen y finalmente dedicaremos buena parte del capítulo a estudiar qué han respondido la propia CorteIDH y los autores interesados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a la pregunta de si las opiniones consultivas tienen algún tipo de efecto jurídico.

Una vez respondida esta pregunta, y con esa vocación práctica que hemos puesto de manifiesto, pasaremos a analizar la OC-24/17, no sin antes hacer un necesario repaso de cuál ha sido hasta ahora la protección de las personas LGBTI en el ámbito universal, y muy especialmente en el contexto interamericano para entender el impacto de esta opinión consultiva. Estudiaremos cuál ha sido la actividad de los diferentes órganos de la OEA y de la CorteIDH respecto a la consideración de la situación de las personas LGBTI y sus derechos. Bajo este marco, entenderemos mucho mejor el análisis crítico que vamos a realizar de la citada opinión consultiva, en la que aludiremos constantemente al contexto europeo para tener una visión comparada más amplia que enriquezca el contenido de dicho apartado. Finalmente, trataremos de ver si existen elementos que permitan favorecer la aplicación de la OC-24/17 en los Estados miembros de la OEA.

El presente trabajo finalizará con una exposición de las principales conclusiones extraídas a raíz del contenido. Es el apartado clave del trabajo, pues dar respuesta a los dos interrogantes planteados anteriormente no es un asunto baladí: estamos hablando de poder dotar de instrumentos al colectivo LGBTI para favorecer la aplicación de una OC-24/17 que tantas consecuencias positivas tendría si se asumiera en su totalidad por los Estados americanos. Hablamos de un importante desafío: el de la lucha por la igualdad y la no discriminación de un colectivo tan marginado en todo el mundo. Poco a poco se van consiguiendo importantes avances, pero qué duda cabe de que lo que puede parecer insignificante para unos, representa la liberación y la obtención de la felicidad para otros. Con esa voluntad de progreso, de ver un futuro en el que poder ser libres y vivir sin miedo, comenzamos nuestra reflexión.

II. LAS OPINIONES CONSULTIVAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

1. La función consultiva a nivel internacional

A. Origen y naturaleza jurídica de las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia

Para poder comprender mejor la singular especificidad interamericana, consideramos como premisa necesaria realizar una primera aproximación a la función consultiva con un carácter universal. No en vano, la presentación de algunos de los debates jurídicos y académicos que se dan en torno a esta función puede coadyuvar a un mejor entendimiento de la problemática interamericana.

Sin ánimo de realizar un recorrido histórico completo, diremos que el primer precedente de la función consultiva a nivel internacional lo encontramos en la Corte Permanente de Justicia Internacional, creada en el año 1929 en el marco de la Sociedad de Naciones. No obstante, la más viva (y actual) imagen de la competencia consultiva internacional la encontramos precisamente en su institución sucesora: la Corte Internacional de Justicia de La Haya, ahora en el marco de la Organización de las Naciones Unidas.

De sobra conocida es la función contenciosa que realiza, es decir, de las sentencias que surgen de la litigación de Estados en conflicto por una problemática jurídica. Pero, ¿en qué consiste entonces la competencia consultiva de la CIJ? El objetivo de esta vía es que la Corte emita su opinión jurídica sobre una cuestión de hecho y/o de Derecho planteada por los Estados en forma de interrogante. No en vano, la propia Corte ha afirmado que, con esta función, viene a “determinar los principios y las normas vigentes, interpretarlos y aplicarlos [...], para dar así una respuesta con fundamento jurídico a la cuestión planteada”¹.

No nos detendremos a analizar el procedimiento consultivo de la Corte, pero sí vamos a hacer énfasis en el extendido debate sobre la naturaleza de la competencia consultiva. Decimos “extendido” porque se ha trasladado a los sistemas regionales, en concreto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos objeto de estudio.

¹ International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, 226-267, p. 234, párr. 13.

¿Recibir consultas y responderlas es una función judicial? Para argumentar afirmativamente, Espósito² se hace una pregunta previa ¿qué adjetiva a una función como “judicial”? Y responde afirmando la necesidad de que se den simultáneamente tres elementos: que el órgano sea de naturaleza judicial, que el fundamento para tomar sus decisiones sea jurídica y que los procedimientos seguidos para ello sean judiciales.

Por tanto, poca duda abarca la afirmación de que la función consultiva es judicial, pues la Corte Internacional de Justicia está formada por magistrados independientes que usan las fuentes del Derecho Internacional como fundamento para resolver las consultas que le son planteadas, todo ello siguiendo las fases y normas procesales correspondientes, de las cuales no puede apartarse.

No obstante, la CIJ no es un tribunal de Derechos Humanos como tal, a pesar de que en alguna ocasión se haya pronunciado en materia de Derechos Humanos³. Esto no quiere decir, con todo, que la CorteIDH, tribunal de Derechos Humanos propiamente dicho, sea ajena a las normas del Derecho Internacional. No en vano, el ser “internacional” es lo que lo hace que se le apliquen dichas normas y principios comunes a todos los tribunales internacionales. Por estos motivos, nos centraremos posteriormente en el caso interamericano para ver cómo afectan singularmente las opiniones consultivas en este sistema.

B. Efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia y el valor de la jurisprudencia internacional

Una vez afirmada la naturaleza jurídica judicial de la función consultiva de la CIJ, surge inmediatamente el interrogante acerca de la eficacia jurídica de sus opiniones consultivas, pues contestar esta pregunta, en la medida en que del sistema de la ONU nacen los demás modelos de función consultiva, puede condicionar y condiciona el contenido del resto del trabajo.

² C. ESPÓSITO, *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, Ed. McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid 1996, pp. 31-32.

³ A modo de ejemplo, *Vid.* International Court of Justice, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 1996, p. 595.

Y ello porque, en principio, las opiniones consultivas no son vinculantes y carece del efecto de cosa juzgada, aunque ello, tal y como expresó el Juez Azevedo en 1950, “no es suficiente para privar a una opinión consultiva de todas las consecuencias morales inherentes a la dignidad del órgano que da la opinión, o incluso de sus consecuencias legales”⁴.

De hecho, hay quien afirma que las opiniones consultivas tienen una especial naturaleza de carácter persuasivo que llega a ser superior a la coerción y que podría tener más relevancia que las propias sentencias producto de la facultad contenciosa de la CIJ⁵. No en vano, el internacionalista finlandés Koskenniemi⁶ afirma en este sentido que las opiniones consultivas son un importante instrumento de lo que se conoce como “diplomacia preventiva” para los Estados, debido a esta singular naturaleza.

En la misma línea, Tamayo⁷ considera que la autoridad y el prestigio que emanan de la opinión consultiva la convierten en algo más que una simple recomendación, llegando incluso a considerar que podría tratarse de un instrumento de “soft law” (“derecho blando”) para los Estados. Tanto es así, sostiene el autor, que ningún Estado podría actuar en contra de lo que disponga una opinión consultiva, porque estaría contraviniendo el Derecho Internacional⁸.

Estas reflexiones iniciales son los puntos de conexión que nos hacen introducirnos en un debate más profundo: ¿cómo se integran las opiniones consultivas en el Derecho Internacional? ¿Es la jurisprudencia internacional capaz de crear normas jurídicas que los Estados tengan que obedecer?

La propia CIJ respondió a esta pregunta, reafirmando su naturaleza judicial y rechazando cualquier argumento estatal que infiriera un rol legislativo en la figura de los jueces. Lo único que hace es revisar la ley existente (entiéndase “ley” como norma

⁴ International Court of Justice, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Separate opinión by Judge Azevedo, I.C.J. Reports 1950, 79-88, p. 80.

⁵ M. LACHS, “Reflections on the Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Law”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Nº 10 (1983), 239-278, p. 249.

⁶ M. KOSKENNIEMI, “Advisory opinions of the International Court of Justice as an instrument of preventive diplomacy”, en N. AL-NAUMI y R. MEESE (eds.), *International legal issues arising under the United Nations decade of International Law*, Ed. Kluwer Law International, La Haya 1995, 599-619, p. 604

⁷ R. TAMAYO, “El desarrollo del Derecho Internacional a través de la función consultiva de la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, Nº 3 (2010), 71-87, p. 83.

⁸ J. A. FROWEIN y K. OELLERS-FRAHM, “Article 65”, en A. ZIMMERMANN, C. TOMUSCHAT, K. OELLERS-FRAHM y C. J. TAMS (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Ed. Oxford University Press, Oxford 2012, 1605-1638, p. 1624.

jurídica en un sentido amplio) y aplicarla al caso o a la petición concreta⁹. Lo que algunos autores afirman es que esta actividad de la CIJ lo que favorece o impulsa no es la creación de normas *ex novo*, sino más bien el desarrollo del Derecho Internacional¹⁰, en la medida en que clarifica su contenido.

Por este motivo, y siguiendo en esta línea, estos autores no hablan de legislar, sino más bien de “law-making”: los Jueces, cuando interpretan las normas aplicables al caso, están siendo creativos¹¹. Los jueces estarían “creando” norma a través de las normas existentes (las que cita el art. 38 del Estatuto de la CIJ) mediante el ejercicio interpretativo, pero no se puede confundir con un legislador, pues los procedimientos son absolutamente diferentes.

A modo de ejemplo, es importante la labor que realizan los Tribunales internacionales con respecto a la costumbre: como sabemos, debido a su carácter no escrito y a su constante evolución, su existencia es difícil de determinar. Por este motivo, los Jueces de la CIJ “dan forma” a esta costumbre y contribuyen a su cristalización a través de la interpretación jurídica hasta conformar una nueva norma legal¹².

Para añadir más complejidad al debate, es necesario recalcar la existencia de normas de organismos internacionales (normas internacionales, por tanto) que otorgan fuerza vinculante a las opiniones consultivas de la CIJ. Hablamos, por ejemplo, del ya extinto artículo XII, apartado 2, del Estatuto del Tribunal Administrativo de la OIT¹³. Este artículo fue eliminado en 2016, pero la CIJ se pronunció sobre él en 1956¹⁴ alegando que era simplemente una “norma de conducta” de la organización y que no afectaba al proceder de la CIJ por caer fuera de su esfera de actuación.

⁹ Vid. Nota pie Nº 1, p. 237, párr. 18.

¹⁰ J. M. RUDA, “Some of the Contributions of the International Court of Justice to the Development of International Law”, *New York University Journal International Law & Politics*, Nº 24 (1991), 35-68, p. 35.

¹¹ M. CAPELLETTI, “The law-making power of the judge and its limits: a comparative analysis”, *Monash University Law Review*, Nº8 (1981), 15-67, p. 19.

¹² T. F. MAYR y J. MAYR-SINGER, “Keep the Wheels Spinning: The Contributions of Advisory Opinions of the International Court of Justice to the Development of International Law”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 76, Nº 2 (2016), 425-449, pp. 443-446.

¹³ Organización Internacional del Trabajo, *Estatuto del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo*. Consultado el 5 de julio de 2018 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_488001.pdf.

¹⁴ International Court of Justice, *Judgments of the Administrative Tribunal of the International Labour Organisation upon complaints made against the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*, ICJ Reports 1956, 77-103, p. 84.

A este respecto, el que fuera internacionalista y Juez de la CIJ, el italiano Roberto Ago, expuso en un mismo artículo dos teorías, contrapuestas entre sí, pero que representan gráficamente la disputa en torno a este tema¹⁵. En primer lugar, introduce la opinión de Benvenuti, para el cual los efectos jurídicos de las opiniones consultivas deben equipararse a los de las sentencias contenciosas, pues ambas tienen el mismo fundamento de objetividad. Alega que, precisamente, la existencia, en su tiempo, del artículo XII, apartado 2, del Estatuto del Tribunal Administrativo de la OIT constituye una prueba de que las opiniones consultivas pueden generar efectos obligatorios por tomar parte de la naturaleza judicial que se le supone a las decisiones de la CIJ (ya sean contenciosas o consultivas).

En segundo lugar, y en contraposición, expone el parecer de Bacot, que rechaza esta posición y recalca que es precisamente la naturaleza de consultar o de “dar consejo” es lo que conduce a pensar que la opinión no puede ser obligatoria, pues sería contradictorio con esta naturaleza. Sin embargo, para evitar ser demasiado riguroso con esta opinión, admite (y Ago se muestra favorable a esta opinión) que la cláusula del Estatuto del Tribunal Administrativo de la OIT (y cualquier otra que se pueda dar en el ámbito jurídico internacional) es correcta y está en armonía con el espíritu de las normas de Derecho Internacional que crean Estados y Organizaciones Internacionales, a las cuales se obligan.

¿Son, entonces, las opiniones consultivas algo así como los juicios declarativos propios del Derecho interno en la medida en que no son ejecutables (no son de obligado cumplimiento) y pueden contribuir a descubrir normas jurídicas a través de la interpretación? Puente Egido toma con precauciones esta afirmación y evita el paralelismo que supone comparar juicio declarativo-juicio ejecutivo del Derecho interno con opinión consultiva-sentencia contenciosa¹⁶.

Pero se realiza esta interesante pregunta, con la cual terminaremos este apartado: en caso de que establezcamos que las opiniones consultivas son vinculantes, ¿lo son por su propia naturaleza o porque existen actos de órganos políticos, tanto internos como internacionales, que le dan obligatoriedad a dicha opinión? De la revisión de todo lo que

¹⁵ R. AGO, “‘Binding’ advisory opinions of the International Court of Justice”, *American Journal of International Law*, Nº 85 (1991), 439-451, pp. 440-442. En este artículo cita las obras de P. BENVENUTI, *L'accertamento del diritto mediante i pareri consultivi della Corte Internazionale di Giustizia*, Ed. Giuffrè, Milán 1985; y también la de G. BACOT, “Réflexions sur les clauses qui rendent obligatoires les avis consultatifs de la CPIJ et de la CIJ”, *Revue Générale de Droit International Public*, Nº 84 (1980).

¹⁶ J. PUENTE, “Consideraciones sobre la Naturaleza y Efectos de las Opiniones Consultivas”, *Zeitschrift für ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Nº 4 (1971), 730-809, pp. 752-753.

hemos escrito hasta ahora, parece ser que el Derecho Internacional opta por la segunda opción. No olvidemos que el Derecho Internacional depende exclusivamente de la voluntad de Estados como Organizaciones Internacionales, como sujetos del Derecho Internacional.

Por este motivo, nos vemos obligados a concluir que la función consultiva, o sus resultados, no son obligatorios *per se*, sino por voluntad de los sujetos mencionados. Sin embargo, a lo largo de este apartado hemos hecho unas afirmaciones muy interesantes que nos servirán para apoyar las argumentaciones a favor de la vinculación de las opiniones consultivas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que pasamos a analizar a continuación.

2. El proceso de construcción de la función consultiva como competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A. El nacimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los orígenes de la función consultiva: el Proyecto de los Jurisconsultos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos nace, en cuanto a su primaria conformación institucional, en 1948 con la Carta que da nacimiento a la Organización de Estados Americanos, que se enmarca dentro de las organizaciones internacionales de cooperación multilateral.

Nótese que decimos “primaria”, pues el sistema que nace en ese momento poco se parece a la estructura que existe en la actualidad, pero sirva este término para introducir una primera toma de contacto con un órgano creado por la Carta de la OEA llamado “Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. La Comisión IDH, sin embargo, no nace en 1948 con la Carta, sino en 1959, cuando en el marco de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores¹⁷ se decide crear un órgano que se compondrá de 7 miembros, elegidos a título personal por el Consejo de la OEA, y que se encargará de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que éste le señale.

¹⁷ Organización de Estados Americanos, OEA/Ser.C/II.5, *Acta final*, 18 de agosto de 1959, Resolución VIII, Resolutivo II.

Tras varias resoluciones de los órganos de la OEA que trataban de aumentar las capacidades de funcionamiento de la ComisiónIDH, habrá que esperar al Protocolo de Buenos Aires como tratado internacional que modifica la Carta, para que sus funciones se vieran relevadas a categoría convencional. Éstas se encuentran recogidas en el artículo 112 de la Carta de la OEA (actual 106) y que servirá para adelantar la especial singularidad del SIDH:

“106. Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los DDHH y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

Una convención interamericana sobre DDHH determinará la estructura, competencia y procedimientos de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”.

No es nuestro objetivo en este trabajo hacer una radiografía de la evolución de la ComisiónIDH, pero quizá nos sirve como aliciente para puntualizar que en ningún momento se hizo alusión a una hipotética competencia consultiva de ésta, aunque sí advertimos ya la intención de crear una Convención Americana que proteja Derechos Humanos.

Esta intención, no obstante, tiene un origen más vetusto, concretamente en el Consejo Interamericano de Jurisconsultos de 1959, cuyo encargo, realizado por la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores¹⁸ ya mencionada arriba, fue el de elaborar un Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos¹⁹ que seguía sin incluir referencia alguna a la función consultiva dentro del sistema interamericano. En cualquier caso, lo que parecía claro era la voluntad de crear una Corte Interamericana de Derechos Humanos, a semejanza de su homóloga en el sistema europeo.

¹⁸ *Ibidem*, Resolución VIII, Resolutivo I.

¹⁹ Para un buen análisis histórico-jurídico del recorrido para elaborar una Convención que protegiera Derechos Humanos, *Vid.* C. GARCÍA BAUER, “La proyectada Convención Interamericana de Derechos Humanos), en *Veinte años de evolución de los Derechos Humanos*, UNAM, México 1974, pp. 425-472.

¿Dónde podemos encontrar, pues, la primera mención a esta competencia? En el marco de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro en 1965. En esta Conferencia se incluyó por primera vez la referencia a la que sería la futura competencia consultiva de la CorteIDH²⁰.

Se sometió el Proyecto de Convención a unos Estados americanos que se abstuvieron de emitir cualquier tipo de opinión, a excepción de los Estados de Chile y Uruguay, que elaboraron sendos proyectos de enmienda. No en vano, fue el proyecto chileno el que introdujo por primera vez la cuestión de la función consultiva en el SIDH. Así, en el artículo 64, párrafo 2, Chile quería establecer la competencia de la Corte “para dar opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas concernientes a la interpretación de esta convención”. Además, en el art. 66.2 establecía quiénes iban a ser los sujetos legitimados para solicitar esta opinión consultiva a una futura Corte Interamericana: la ComisiónIDH, cualquiera de los Estados Contratantes y el Consejo de la OEA²¹. Como se puede observar, esta dicción dista mucho de la actual configuración de la función consultiva interamericana, pero fue un paso muy importante para introducirla dentro del debate jurídico-político en torno a la elaboración de una Convención.

B. De la Conferencia Especializada a la Convención Americana: consolidación de la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Así las cosas, y mientras se elaboraba el Anteproyecto de Convención para presentarlo a los Estados americanos, la ComisiónIDH presentó su propio proyecto y contempló la competencia de la CorteIDH en su art. 53, que rezaba así:

“53. La Asamblea General, el Consejo Permanente y la Comisión podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otro tratado concerniente a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos; y los Estados Partes, acerca de la compatibilidad entre alguna de sus leyes internas y dichos instrumentos internacionales”²²

²⁰ D. ZOVATTO, “Antecedentes de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y Documentos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 1986, 207-254, p. 220.

²¹ *Ibidem*, p. 222.

²² El texto presentado por la ComisiónIDH se puede observar en CortelDH, “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, Nº 1. Párrafo 17.

El proyecto de la ComisiónIDH se diferencia de la propuesta chilena en la titularidad de la facultad: mientras que en el caso chileno la CorteIDH tenía facultad para “dar opiniones consultivas”, ahora son la ComisiónIDH, los Estados contratantes y el Consejo de la OEA los facultados para “consultar” a la CorteIDH.

Finalmente, durante los días 7 a 22 de noviembre de 1969, se celebró una Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos donde se debatió el Anteproyecto de Convención Americana de Derechos Humanos y, por supuesto, el artículo 53 sobre opiniones consultivas propuesto por la ComisiónIDH en su integridad.

Fruto de todas las negociaciones, el artículo 53 pasó a ser el artículo 64, y se subdividió en los dos apartados que hoy conocemos. Fue la Comisión II de esta Conferencia Especializada la que aprobó el artículo 64 en el siguiente tenor:

“Artículo 64

1. Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
2. La Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”²³.

Posteriormente explicaremos las implicaciones de este artículo, pero podemos adelantar que la diferencia fundamental entre el Anteproyecto de Convención y el texto definitivo fue la legitimación de los sujetos que pueden consultar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, se extiende, no sólo a los Estados Contratantes de la Convención, sino a todos los Estados Miembros de la OEA, lo cual tendrá grandes consecuencias de cara al futuro.

²³ Para una información completa y detallada de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, *Vid.* Organización de Estados Americanos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, *Actas y Documentos*, 7-22 de noviembre de 1969.

La CADH se aprobó en 1969, pero entró en vigor 10 años más tarde. En cuanto a la función consultiva, ésta no se activará hasta el año 1982, y aun así tendrá mucho más protagonismo que una función contenciosa todavía en ciernes. En los próximos apartados desgranaremos en qué consiste la competencia consultiva de la Corte, centrándonos en sus efectos jurídicos.

Como nota previa antes de seguir, es necesario recalcar que, por interés académico, enfocaremos nuestro trabajo en el primer párrafo del artículo 64, aun cuando podamos referirnos a las opiniones consultivas sobre legislación nacional de los Estados de la OEA de manera superficial.

3. Sujetos legitimados para activar la función consultiva

Como hemos podido leer en el apartado anterior, el artículo 64.1 parece distinguir entre sujetos con un derecho absoluto para solicitar una opinión consultiva por parte de la CorteIDH y sujetos con un derecho “condicionado”. En el primer grupo estarían de forma clara los Estados Miembros de la OEA. De hecho, si observamos la lista de opiniones consultivas hasta la fecha, los que más preguntas plantean a la Corte son los propios Estados²⁴.

En el segundo grupo estarían los órganos enumerados en el antiguo Capítulo X (actual Capítulo VIII) de la Carta de la OEA reformada por el Protocolo de Buenos Aires. Así las cosas, y según el art. 51, los órganos de la OEA que pueden solicitar una opinión consultiva son:

- a) la Asamblea General;
- b) la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores;
- c) Los Consejos;
- d) El Comité Jurídico Interamericano;
- e) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos;

²⁴ Con 25 Opiniones Consultivas dictadas por la Corte IDH hasta la fecha, 19 de ellas (el 76%) han sido presentadas por los Estados miembros de la OEA, mientras que el resto han sido presentadas por la ComisiónIDH. Los datos se han extraído del buscador de la propia web de la CorteIDH a fecha de 5 de julio de 2018:

http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=es

- f) La Secretaría General;
- g) Las Conferencias Especializadas, y
- h) los Organismos Especializados.

Eso sí, estos órganos sólo podrán consultar “en lo que les compete”. La CorteIDH precisó el significado de esta fórmula en una opinión consultiva:

“El derecho de éstos últimos de pedir opiniones consultivas está restringido, consecuentemente, a asuntos en lo que tales órganos tengan un legítimo interés institucional. Mientras cada órgano decide inicialmente si la petición cae dentro de su esfera de competencia, la pregunta, en última instancia, debe ser respondida por la Corte mediante referencia a la Carta de la OEA, así como a los instrumentos constitutivos y a la práctica legal del órgano correspondiente”²⁵

Todos ellos, excepto la ComisiónIDH, que en su momento, no se encontraba mencionada expresamente dentro de los órganos del Capítulo X de la Carta de la OEA. Según la propia CorteIDH²⁶, la ComisiónIDH, por su especial naturaleza íntimamente ligada a los Derechos Humanos, posee un derecho absoluto para solicitar opiniones consultivas, al mismo nivel que los Estados.

4. Objeto de las opiniones consultivas

Una vez que ya hemos repasado quién puede solicitar a la CorteIDH una opinión consultiva, tenemos que preguntarnos sobre qué van a preguntar. Sin embargo, la respuesta no es sencilla, pues la propia CADH deja abierta la puerta a realizar la interpretación de otros tratados distintos a la misma. Asimismo, también es importante focalizar la atención en aquello que la CADH no dice, pues veremos a continuación que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, texto fundamental para el SIDH, también puede jugar (y juega, de hecho) un importante papel en las opiniones consultivas.

²⁵ CorteIDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, Nº2, párrafo 14.

²⁶ *Ibidem*, párrafo 16.

A) Otros tratados “concernientes a la protección de los derechos humanos” en los Estados Americanos

La redacción abierta que realiza la CADH en el art. 64.1 para determinar cuáles son los instrumentos jurídicos objeto de interpretación por la CorteIDH suscitó la duda entre los Estados americanos. Siendo así, no sorprende que el esclarecimiento de esta cuestión fuera la primera tarea que enfrentó la CorteIDH.

La CADH entró en vigor en 1979, pero la Corte no entró en funcionamiento intenso hasta el año 1982, fecha en la que el Gobierno de Perú solicitó de ésta que aclarara qué quería decir la CADH con la expresión de “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos”. Concretamente pidió que respondiera determinando a qué se refería a través de tres interrogantes:

“a) ¿Solamente los tratados adoptados dentro del marco o bajo los auspicios del Sistema Interamericano?; o,

b) ¿Los tratados concluidos únicamente entre Estados Americanos, o sea que la referencia está limitada a los tratados en que son partes exclusivamente Estados Americanos?; o,

c) ¿Todos los tratados en los que uno o más Estados Americanos sean partes?”²⁷

No fue una decisión fácil para la CorteIDH. No en vano, hubo varios Estados americanos y órganos de la OEA que se posicionaron en contra de una interpretación amplia²⁸. A pesar de estas resistencias, la Corte finalmente dictó, por unanimidad:

“Primero. Que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.

²⁷ CortelIDH, “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, Nº 1, párrafo 8.

²⁸ El entonces Juez de la CortelIDH Pedro Nikken, describe algunas de estas resistencias en P. NIKKEN, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en CortelIDH *Memoria del Seminario: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI T. I*, Corte IDH, San José 2003, 161-181, pp. 165-166. Concretamente, los Estados americanos manifestaron su recelo ante una posible interpretación amplia de la CortelIDH que involucrara a Estados no parte de la CADH o que no dieran competencia a la CortelIDH y no les fuera permitido actuar ante ella para opinar, así como ante el hecho de que coexistieran interpretaciones contradictorias entre distintos órganos judiciales o cuasijudiciales si la CortelIDH se decidiera a interpretar tratados ajenos a la OEA.

Segundo. Que, por razones determinantes que expresará en decisión motivada, la Corte podrá abstenerse de responder una consulta si aprecia que, en las circunstancias del caso, la petición excede de los límites de su función consultiva, ya sea porque el asunto planteado concierna principalmente a compromisos internacionales contraídos por un Estado no americano o a la estructura o funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos al sistema interamericano, ya sea porque el trámite de la solicitud pueda conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención; ya sea por otra razón análoga”²⁹

En otras palabras, a pesar de que podría parecer que la competencia de la CorteIDH para interpretar una disposición sobre Derechos Humanos de cualquier tratado internacional de que sea parte un Estado americano sea extensa, hay un importante contrapeso en la segunda parte de su dictamen. Y es que la CorteIDH podrá sopesar la necesidad de interpretación con los compromisos políticos que los Estados americanos hayan contraído con instituciones externas al sistema interamericano.

En la práctica, la CorteIDH ha interpretado disposiciones relacionadas con los Derechos Humanos ajenas al SIDH. Es el caso de una opinión consultiva solicitada por el Gobierno de México en el año 1997, resuelta en 1999, que llevó a la CorteIDH a interpretar el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963³⁰.

B) Interpretación de la DADH y de otros instrumentos sin valor de tratados

De una lectura literal y rigurosa del artículo se podría pensar que el artículo 64 CADH sólo faculta la CorteIDH para interpretar la propia Convención y “otros tratados”, como hemos visto en el apartado anterior. A priori, y por tanto, otros instrumentos internacionales sin el valor jurídico de tratados (tales como resoluciones o declaraciones) no tendrían cabida dentro del ámbito de interpretación manejado por la CorteIDH.

Sin embargo, y en consonancia con la amplitud con la que la CorteIDH viene haciendo extensiva su interpretación de los Derechos Humanos, una consulta planteada por Colombia vino a introducir una importante transformación dentro del SIDH. El

²⁹ CorteIDH, “Otros Tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, Nº 1, *in fine*, decisión final de la CorteIDH.

³⁰ CorteIDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías al debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A, Nº 16.

Estado colombiano preguntó si el art. 64 CADH faculta a la CorteIDH para interpretar la DADH y cuál es su estatus jurídico³¹.

Hubo varios países que mostraron su férrea oposición³² a que la CorteIDH ampliara su esfera de interpretación, como Venezuela, Costa Rica y, sobre todo Estados Unidos, que no ha ratificado la CADH, y cuya postura deja traslucir una aversión a una interpretación amplia de la CorteIDH que pudiera generar nuevas obligaciones para los Estados que no son parte en la CADH, reivindicando únicamente su valor moral³³.

Lo que es irrefutable es que la DADH es una resolución adoptada de forma unánime por los Estados americanos. Su mención, no sólo por Estados, sino por numerosos foros internacionales y como base para la propia jurisprudencia de órganos judiciales y cuasijudiciales como la CorteIDH o la ComisiónIDH, nos permite afirmar que la DADH es una fuente jurídica internacional con un carácter vinculante³⁴.

No obstante, la CorteIDH entiende que, cuando interpreta la DADH, no lo hace a través de una remisión “en blanco”, sino que el ejercicio que realice debe entenderse inserto en armonía con el conjunto de normas que componen el sistema interamericano y del cual la Carta de la OEA es la cúspide jurídica³⁵. Unas normas entre las que destacan el artículo 29.d) CADH³⁶, que impide que la propia Convención pueda interpretarse en sentido tal que pueda “excluir o limitar el efecto que pueden producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. De ahí se puede dilucidar que la CorteIDH, en

³¹ CorteIDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A, Nº 10.

³² *Ibidem*, párrafos 10-15.

³³ La alusión de Estados Unidos al carácter moral la encontramos en su respuesta escrita a la CorteIDH: “su valor normativo estriba en ser una declaración de principios básicos de carácter moral y de carácter político y en ser la base para velar por el cumplimiento general de los derechos humanos por parte de los Estados Miembros; no en ser un conjunto de obligaciones vinculantes”. De hecho, y ya en audiencia pública, se permitió realizar una advertencia a la CorteIDH afirmando que “los Estados Unidos deben manifestar, con el debido respeto, que debilitaría seriamente el derecho internacional de los tratados instituido el decir que la Declaración es jurídicamente obligatoria” (Traducción no oficial hecha por la Secretaría de la Corte). CorteIDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A, Nº 10, párrafos 12 y 17 respectivamente.

³⁴ V. RODRÍGUEZ RESCIA, “El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, *Derecho y Realidad*, Nº 22 (2013), 275-309, pp. 286-287.

³⁵ CorteIDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A, Nº 10, párrafo 43.

³⁶ *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre 1969 (entrada en vigor: 18 de julio de 1978), art. 29, apartado d).

ocasiones, podría verse obligada a interpretar la DADH dentro de ese marco y, en definitiva, decidió por unanimidad que podría tener esa facultad.

Esta decisión ha permitido que, además de la DADH, la propia CorteIDH haya interpretado otros documentos jurídicos que no son tratados como tal. Sirva a modo de ejemplo, la mención e interpretación de varios textos relacionados con los derechos del niño que hizo la propia CorteIDH³⁷. Mencionamos expresamente el caso de la DADH y otros ejemplos en la medida en que nos será de utilidad más adelante cuando señalemos fuentes jurídicas internacionales que guardan relación con el respeto a la orientación sexual e identidad de género de las personas.

5. Efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la CorteIDH

A. Naturaleza jurídica de las opiniones consultivas

Antes de comenzar a revisar el amplio debate existente en la doctrina acerca de la eficacia jurídica de las opiniones consultivas, es necesario detenernos a analizar previamente cuál es su naturaleza jurídica en la medida en que el conocimiento de la misma puede coadyuvar a un mejor entendimiento de las posturas enfrentadas. Y es que ésta es una cuestión que también tiene su relevancia para el SIDH. No resulta extraño este apunte cuando la CorteIDH afirma que la suya es “la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente”³⁸. Por tanto, parece plausible que una competencia consultiva de tal envergadura suscite un debate sobre su naturaleza y sus implicaciones jurídico-políticas para los Estados americanos.

A priori, parece claro para una amplia parte de la doctrina que, tal y como afirmábamos al comienzo de este capítulo al hablar de la función consultiva de la CIJ, la naturaleza de las decisiones que toma la CorteIDH son judiciales o jurisdiccionales³⁹,

³⁷ CorteIDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A, Nº17. En ella la CorteIDH menciona, además de la Convención sobre los Derechos del Niño, con valor de tratado, las Reglas de Beijing, las Reglas de Tokio y las Directrices de Riad.

³⁸ CorteIDH, *"Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, Nº 1, párrafo 14.

³⁹ N. P. SAGÜÉS, “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad”, *Revista Ius et Veritas*, Nº50 (2015), 292-297, p. 296. Para hacer esta afirmación, *Vid. E. REY, Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos: homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, Editorial Porrúa, México 2008, 39-41, donde el autor integra las apreciaciones sobre el carácter

siguiendo la teoría del órgano que las emite, característica tal que ya las diferencia de otros documentos jurídicos con origen en órganos políticos, como podrían ser las resoluciones de la Asamblea General de la OEA, o incluso en órganos cuasijudiciales, como la propia ComisiónIDH.

A pesar de que esto parece claro, si acudimos al Estatuto de la CorteIDH⁴⁰, vemos que en su artículo 2 diferencia entre la función jurisdiccional, por un lado, y la función consultiva, por otro. El expresidente de la CorteIDH, Pedro Nikken, no le da mayor importancia a esta distinción para determinar la naturaleza de la función consultiva, pues considera que los Estados sólo querían aludir a un cierto sentido primario de la palabra “jurisdiccional”, tratándola como sinónimo de “contencioso”⁴¹.

Sin embargo, no deja de resultar cuanto menos curioso que las contradicciones en torno a la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas provengan de la propia CorteIDH. Y es que, si hacemos una revisión histórica, la CorteIDH primero afirmó que cumple “una función asesora”⁴² y afirmar que sus opiniones consultivas “no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”⁴³. Posteriormente, revisó su propia posición para decir que las opiniones consultivas tienen “efectos jurídicos innegables”⁴⁴. Averiguar cuáles son esos efectos jurídicos innegables será una de nuestros cometidos en los siguientes apartados, pues nos ayudará a esclarecer las dudas sobre la naturaleza jurídica de las opiniones consultivas.

jurisdiccional de las opiniones consultivas de varios autores americanos. También podemos encontrar otra opinión coincidente en C. PIZZOLO, “Algunas reflexiones sobre la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Nº11 (2012), 2-32, p. 3.

⁴⁰ Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES. 448 (IX-O/79), *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 31 de octubre de 1979, art. 2.

⁴¹ P. NIKKEN, *op. cit.*, p. 173.

⁴² CorteIDH, *Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Serie A, Nº3, Párrafo 32.

⁴³ CorteIDH, “*Otros Tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, Nº 1, párrafo 51.

⁴⁴ CorteIDH, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997, Párrafo 26

B) Posiciones doctrinales sobre los efectos jurídicos de las opiniones consultivas

Determinar los efectos jurídicos de las opiniones consultivas no es un debate baladí, pues estamos hablando de averiguar cuáles son (o pueden ser) los estándares normativos de protección de Derechos Humanos que deben cumplir los Estados. No podemos olvidar que el principio de seguridad jurídica en el Derecho Internacional obliga a establecer con claridad el alcance y el contenido de las obligaciones internacionales de los Estados en relación con los Derechos Humanos. De esta manera, los tribunales internacionales, como en este caso la CorteIDH, podrá juzgar en base a esos estándares y ver si los Estados han cumplido correctamente con sus deberes o, por el contrario, recibirán una decisión ajustada a Derecho para revertir esa situación.

Si el apartado anterior no resuelve la problemática de la eficacia jurídica de las opiniones jurídicas en el SIDH, tampoco contribuye a su solución la gran diversidad de posiciones doctrinales que sobre este tema concreto existe en los estudios jurídico-académicos

Sin embargo, no se puede decir que esta falta de consenso sobre la vinculación de las opiniones consultivas sea negativa. Todo lo contrario, hay que destacar la capital importancia que tiene la producción de ideas dentro del debate jurídico, en una u otra postura, sobre todo cuando hablamos de un sistema que, aun cuando cumple ya casi 40 años, sigue en un estado de juventud, en permanente evolución.

Para una mejor comprensión de la gran complejidad que suscita este tema, conviene dividir las opiniones doctrinales en diferentes grupos que van desde la negación casi total de los efectos jurídicos de las opiniones hasta aquellos que están seguros de su vinculación jurídica, pasando por posiciones intermedias que aluden a una especie de efecto “moral” de las decisiones consultivas de la Corte IDH.

Antes de comenzar, es necesario hacer una precisión de contenido como advertencia al lector: lo que se va a exponer a continuación son las opiniones, en su mayor parte de juristas americanos, más próximas a un análisis propio del campo de los Derechos Humanos que del Derecho Internacional. Por eso deben tomarse con precaución dichas opiniones, pues no hablaremos de obligaciones internacionales ni de la integración de la jurisprudencia internacional en el *corpus iuris* del Derecho Internacional.

Por este motivo, cuando acabemos la revisión bibliográfica de los efectos que otorgan los autores a las opiniones consultivas, culminaremos este primer capítulo con una síntesis entre la visión internacionalista, expresada en el primer apartado de este capítulo cuando hablábamos de la función consultiva de la CIJ, y la visión de Derechos Humanos que exponemos a continuación. Y ello para responder a la pregunta de si las opiniones consultivas de la CorteIDH son vinculantes o no.

a) Ausencia de efectos jurídicos vinculantes

Dentro de las diversas opiniones sobre la vinculación jurídica de las opiniones consultivas para los Estados miembros de la OEA, éste es el apartado más corto que vamos a encontrar, pues pocos defienden que estas opiniones no tengan efecto jurídico alguno.

Sin embargo, hay quien hace una interpretación a contrario de lo que ya ha dicho la propia CorteIDH. Así, si como decía este tribunal internacional, las opiniones consultivas no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa⁴⁵, tendríamos que preguntarnos ahora cuáles son los efectos reconocidos para este último tipo de sentencias.

La respuesta nos la da el artículo 68 CADH, que contiene el siguiente tenor:

“Artículo 68.

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

Por tanto, se podría interpretar que la CorteIDH viene a decir que los Estados no estarían obligados a cumplir las medidas que ésta recomienda adoptar en sus opiniones consultivas ni tampoco se podrían ejecutar internamente estas opiniones como si de una sentencia se tratase⁴⁶.

⁴⁵ *Vid.* Nota pie Nº 43.

⁴⁶ Cfr. J. E. ROA, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia – Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá 2015, pp. 99-100. A pesar de manifestar esta posición, en realidad lo que el propio autor hace es ponerse en la posición de la CorteIDH, pues como se puede leer en la referencia mencionada, manifiesta

Sin embargo, el expresidente de la CorteIDH Pedro Nikken dijo que había que matizar las palabras empleadas en la primera opinión consultiva y encuadrarlas dentro de un contexto determinado⁴⁷. Recordemos que cuando la CorteIDH utilizó la función consultiva por vez primera fue para interpretar la expresión “otros Tratados” del art. 64.1 CADH y que, por tanto, si interpretara tratados generados fuera del sistema interamericano, podrían generarse decisiones de tribunales internacionales contradictorias entre sí. Así, restando su eficacia jurídica y no equiparándola con los efectos que generan las sentencias contenciosas se evitaría este perjuicio, pero de la lectura del trabajo de Nikken no se desprende que las opiniones consultivas no tengan cierto efecto vinculante.

Sin embargo, entre jueces de la CorteIDH está la discusión: el también compañero de Pedro Nikken, Manuel Ventura Robles, junto a Daniel Zovatto, restan valor a la anterior conclusión y resaltan que la posibilidad de que existan decisiones internacionales contradictorias es absolutamente plausible en la práctica, del mismo modo que la Corte Internacional de Justicia convive con otros órganos internacionales que pueden dar origen a la misma situación de conflicto⁴⁸. Por tanto, no tendría sentido tampoco dejar de equiparar los efectos jurídicos de las sentencias contenciosas que de las opiniones consultivas sólo porque puedan dar lugar a una contradicción que, pese a poder existir en el plano teórico, no desencadenan ningún perjuicio en la práctica.

Además, no deja de ser cierto, como hemos dicho arriba, que la propia CorteIDH no niega que, aunque no tengan los mismos efectos jurídicos que las sentencias contenciosas, sí que se pueden desprender de las opiniones consultivas algunos efectos, que será lo que tratemos de dilucidar en los siguientes apartados.

b) La eficacia “moral” como categoría jurídica

En este apartado introducimos la idea de que, entre los pocos que pueden considerar que las opiniones consultivas no tienen efecto jurídico alguno y aquellos que consideran que son totalmente vinculantes, nos encontramos con un grupo intermedio que afirma que podrían gozar de cierta eficacia “moral”.

su apoyo a la idea de que las opiniones consultivas tienen algún tipo de efecto, aun cuando no se demuestre claramente cuáles.

⁴⁷ P. NIKKEN, *op. cit.*, p. 173.

⁴⁸ M.E. VENTURA ROBLES y D. ZOVATTO, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Naturaleza y principios 1982-1987*, Editorial Civitas, Madrid 1989, pp. 62-63.

Sin embargo, este calificativo no se desprendería del contenido de la opinión consultiva en sí, sino más bien del órgano del que procede: así, la CorteIDH, al ejercer su función consultiva, estaría actuando como un órgano con autoridad moral y científica⁴⁹ con capacidad para realizar la interpretación auténtica de la CADH, de manera que sus decisiones a este respecto recabarían dicha autoridad.

Hitters, por ejemplo, recoge esta afirmación y deduce que los “efectos jurídicos innegables” de los que hablábamos antes son de carácter moral, y que sería esta circunstancia la que lleva a los Estados (no a todos) a acatar la interpretación realizada por la CorteIDH y llevar a la práctica sus medidas, especialmente para el Estado que ha solicitado la opinión consultiva⁵⁰.

La prueba de esta afirmación la realiza en base a la actitud de los Estados con ciertas opiniones consultivas emitidas. Por ejemplo, pone el caso del Gobierno de Guatemala, que eliminó la pena de muerte de su ordenamiento jurídico cuando la CorteIDH dispuso que era contraria a la CADH⁵¹. De esta manera, sería el respeto a la autoridad moral de la CorteIDH lo que habría llevado a Guatemala a tomar una decisión que, al parecer, en la práctica, no estaba obligada a adoptar.

Esta misma opinión también reviste cierta importancia en la medida en que anuncia otra idea que caracteriza a la función consultiva y que ha sido muy comentada por la doctrina académica, pues anuncia el objetivo de la función consultiva, que no es otro que coadyuvar a que los Estados puedan hacer efectiva la CADH⁵². Así, la CorteIDH, con la competencia consultiva, “crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso”⁵³. Si la competencia consultiva no está dotada de un sistema coercitivo

⁴⁹ C. DUNSHEE DE ABRANCHES, “The Inter-American Court of Human Rights”, *American University Law Review*, Nº30 (1980), 79-125, p. 104.

⁵⁰ J.C. HITTERS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Nº10 (2008), 131-156, pp. 148-150.

⁵¹ CorteIDH, Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Serie A, Nº3.

⁵² A. NUÑO, “Artículos 64, 65 – Función consultiva e informes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en C. STEINER y P. URIBE (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, México D.F. 2014, 903-913, p. 906.

⁵³ CorteIDH, Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Serie A, Nº3, párr. 43.

que constriña a los Estados a cumplir las recomendaciones de la CorteIDH, entonces sería su fuerza moral, término que no deja de despertar cierta abstracción en el lector, la que les llevaría a adoptar las decisiones.

No serán pocos los autores que critiquen esta posición, pues sigue sin definir cuáles son concretamente los efectos jurídicos innegables que se presupone que tienen las opiniones consultivas y porque debilita la naturaleza de la función consultiva de la CorteIDH. Así, estos autores defenderían que las opiniones consultivas son jurídicamente vinculantes para los Estados de la OEA y son los que veremos a continuación.

c) Opiniones consultivas como jurídicamente vinculantes

Decantarse por esta opción probablemente sea la vía más arriesgada, pues afirmar que las opiniones consultivas son jurídicamente vinculantes supondría para los Estados miembros de la OEA la obligación de asumir internamente las recomendaciones de un tribunal internacional como es la CorteIDH.

Y no son pocos los autores que, criticando las anteriores posturas, se decantan por la vinculación jurídica de las opiniones consultivas, y empezaremos citando al que probablemente sea uno de los autores más paradigmáticos en esta materia, que no es otro que el venezolano Faúndez Ledesma. En su *magnum opus*, referencia para conocer el SIDH, Faúndez discrepa absolutamente de cualquier intento, ya sea de la doctrina, ya sea de la propia CorteIDH, de infravalorar la eficacia jurídica de sus dictámenes consultivos⁵⁴.

Decimos “dictámenes” porque es el término elegido por Faúndez para hablar sobre el producto o decisión jurídica surgida como consecuencia de la aplicación del art. 64.1 CADH. Si la CorteIDH es, como hemos dicho, el único órgano internacional autorizado para realizar la interpretación auténtica de la CADH, entonces no está únicamente “asesorando”⁵⁵, sino que estaría “dictaminando” cómo se debe interpretar una determinada disposición de dicho tratado, de acuerdo a los caracteres de certeza y finalidad. Así, la CorteIDH sólo estaría “opinando” cuando se le plantea la

⁵⁴ H. FAÚNDEZ LEDESMA, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 1999, pp. 606-610.

⁵⁵ *Vid.* Nota pie Nº 42.

compatibilidad de una norma interna con la CADH en ejercicio de las facultades que le otorga el art. 64.2 de la misma.

Distinciones terminológicas aparte⁵⁶, lo cierto es que Faúndez Ledesma defiende que las opiniones (o dictámenes) consultivos tienen efectos jurídicos vinculantes, y no sólo por venir de un órgano con autoridad moral y científica en el SIDH, sino precisamente porque la CorteIDH es, tal y como expresa su propio Estatuto, “una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁵⁷.

Además, recordemos que la función consultiva, en palabras de la propia CorteIDH, tiene como finalidad “coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos”⁵⁸. Así, según la propia Corte, no tendría sentido restar eficacia jurídica a las opiniones consultivas, pues eliminaría el efecto útil de la CADH en los Estados americanos.

En la misma línea que Faúndez se sitúa Pedro Nikken, cuando afirma que las opiniones consultivas no están hechas para ejecutarse de inmediato, pero que, aun así, tienen un “efecto práctico virtual”, dándoles un valor análogo al de las sentencias contenciosas para aquellos Estados no parte en el proceso, pues de ambas decisiones surgen la interpretación auténtica de la CADH. Además, le otorga un valor añadido a las opiniones consultivas: en la medida en que son citadas por la CorteIDH en uso de su competencia contenciosa, podemos decir que constituyen jurisprudencia internacional⁵⁹.

Por último, no podemos olvidar que de los tratados internacionales de protección de Derechos Humanos se deriva el principio de interpretación *pro personae*, que obliga a los órganos, no sólo internacionales, sino también de carácter nacional, a interpretar estos instrumentos de manera que puedan favorecer el respeto y la protección de los derechos de las personas. Así, si concebimos que las resoluciones de la CorteIDH y, por

⁵⁶ Aun cuando la precisión que realiza Faúndez Ledesma nos pueda parecer correcta, queremos resaltar que hemos empleado el término “opinión” consultiva durante todo este trabajo para no confundir al lector y por preservar la terminología empleada por la propia CorteIDH, aunque no serán pocos los autores que también lo llamen “dictamen”, como es el caso, por ejemplo, de Augusto Guevara Palacios, como veremos más tarde.

⁵⁷ *Vid.* Nota pie Nº 40, art. 1.

⁵⁸ CorteIDH, “*Otros Tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, Nº 1, párr. 25.

⁵⁹ P. NIKKEN, *op. cit.*, p. 171-176.

extensión, el SIDH deben obedecer también a este principio, no cabe sino colegir que las opiniones consultivas deben tener un carácter obligatorio y vinculante para los Estados americanos que les permita aplicar la CADH a favor de las personas⁶⁰.

No podemos dejar de mencionar aquí una de las críticas que, sin dejar de afirmar que las opiniones consultivas tienen efectos jurídicos, no comparten, sin embargo, que sean vinculantes. En términos literales, Guevara Palacios afirma que “[...] un dictamen consultivo constituye una *interpretación constitucional –y/o convencional– de carácter internacional* de suerte que se integra en el *corpus iuris* del sistema, y por lo tanto produce efectos jurídicos –no sólo meramente morales– que deben ser seguidos por los integrantes del sistema en virtud de la génesis de la competencia consultiva en el SIDH” (énfasis del autor)⁶¹. Sin embargo, no llega a aclarar tampoco cuáles son concretamente en la práctica estos efectos jurídicos que se desprenden de las opiniones consultivas, tal y como hace la CorteIDH.

En definitiva, y a pesar de que los intentos de infravalorar los efectos jurídicos de las opiniones consultivas nacen de la propia CorteIDH (lo cual no deja de resultar contradictorio), los elementos que hemos señalado aquí arriba son suficiente para demostrar que las opiniones consultivas tienen efectos jurídicos (la duda está en si son vinculantes) que van más allá del terreno exclusivamente moral, como veremos a continuación.

⁶⁰ F. SALVIOLI, “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial”, en S. FABRÍS (ed.), *Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade*, T. III, Ed. Sergio Antonio Fabrís Editor, Brasília 2004, 417-472, p. 469.

⁶¹ A. GUEVARA PALACIOS, *Los Dictámenes Consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Interpretación constitucional y convencional*, Ed. J.M. Bosch Editor, Barcelona 2012, p. 286. Hay que hacer un énfasis más profundo en esta obra, pues Guevara hace un análisis de teoría jurídica para demostrar por qué los dictámenes consultivos no son vinculantes: porque faltan el efecto de cosa juzgada y de *stare decisis*. Sin embargo, entiende, como el resto de autores mencionados, que cuando la CorteIDH interpreta una norma de la Convención, está realizando una *interpretación convencional de carácter constitucional* que se integra en el bloque de constitucionalidad de la OEA y que, por tanto, se integra en los Estados a través de su obediencia a la CADH y al resto de normas constitucionales de la OEA.

C) ¿Son vinculantes las opiniones consultivas de la CorteIDH?

Por hacer una síntesis de todo lo que hemos dicho hasta ahora, podemos resaltar una serie de ideas principales que contribuyan a esclarecer este galimatías jurídico:

- ❖ Es notoriamente evidente que las opiniones consultivas, tanto en el ámbito universal como en el interamericano, tienen una naturaleza judicial que pocos discuten y, por tanto, son ampliamente respetadas por los Estados en cuanto a su autoridad.
- ❖ Según los autores internacionalistas, las opiniones consultivas no son vinculantes por sí mismas. Gozan de una gran autoridad moral que evita que cualquier Estado puedan ir en contra de ellas, pero para generar efectos obligatorios se necesita que Estado y/u Organizaciones Internacionales expresen su voluntad específica de comprometerse internacionalmente con los resultados de las opiniones consultivas. Por ejemplo, a través de actos unilaterales o a través de resoluciones de las propias organizaciones internacionales.
- ❖ En el SIDH, hay disparidad de puntos de vista en cuanto a los efectos jurídicos que tienen las opiniones consultivas, pero parece haber consenso en cuanto a la autoridad moral de éstas y que constituyen el resultado de una interpretación convencional que los Estados han de obedecer.

Hemos hecho énfasis en la diferente naturaleza académica de las opiniones que vierten los expertos sobre la función consultiva de la CIJ con respecto a aquellos que opinan sobre esta función en el SIDH. Una tiene más que ver con una visión ius-internacionalista, mientras que la otra es más cercana a una interpretación progresista y evolutiva de los Derechos Humanos que a una realidad jurídica internacional.

Sin embargo, creemos que la yuxtaposición, es decir, la interpretación conjunta de ambas posturas puede originar una posición jurídica que, sin dejar de ser realista, se aproxime al voluntarismo de querer dotar de ciertos efectos jurídicos a las opiniones consultivas a fin de que no resulten ser “papel mojado”.

En primer lugar, hemos hablado anteriormente de la costumbre, y de cómo las opiniones consultivas pueden favorecer la cristalización de una costumbre en ciernes sobre temas determinados. La costumbre, como sabemos, es una norma internacional que se desprende de una práctica seguida por los Estados y las Organizaciones Internacionales y generalmente aceptada por éstos como Derecho. Consta, por tanto, de

un elemento material, que sería la práctica de los Estados, y un elemento “espiritual”, que sería la *opinio iuris*, o la convicción por parte de los sujetos de que esa práctica es obligatoria jurídicamente hablando⁶².

Por ejemplo, y para el asunto que nos atañe aquí, se ha escrito mucho sobre el efecto que tienen las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU (entendamos de forma análoga también las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA) en relación con la costumbre⁶³. Así, podríamos hablar en primer lugar de un *efecto declarativo* cuando la resolución pone de manifiesto la existencia de una costumbre internacional precisando la práctica que la sustenta o probando la *opinio iuris generalis*.

Pero los que son directamente relevantes para nuestro objeto de estudio son otros dos importantísimos efectos: el *efecto cristizador* y el *efecto constitutivo*. El primero vendría a formar una costumbre cuando se adopta una resolución unánime sobre una práctica que está naciendo entre los Estados y a la cual se están comprometiendo aceptándola como Derecho (*ius nascendi*), y el segundo puede originar el futuro surgimiento de una costumbre si los Estados confirman con su práctica posterior el valor jurídico de la misma.

En definitiva, si las resoluciones, en este caso de la Asamblea General de la OEA, son mencionadas en las opiniones consultivas de la CorteIDH, entendemos que pueden contribuir a probar la existencia de una costumbre internacional o incluso a generar nueva costumbre. Pero vamos aún más allá: el caso inverso, el hecho de que las resoluciones de la Asamblea General de la OEA mencionen opiniones consultivas de la CorteIDH es, si cabe, aún más trascendental en la formación de una consulta, porque las resoluciones expresan de una manera más evidente esa *opinio juris* que posteriormente podría constituir una costumbre internacional.

Además, es usual que las opiniones consultivas de la CorteIDH pongan de manifiesto cierta práctica de los Estados en lo que a la discusión concreta se refiere. Hablamos de leyes, proyectos de leyes, reglamentos, adhesión a Tratados internacionales, jurisprudencia interna... En definitiva, de elementos que permitan probar que los Estados americanos respetan, o están comenzando a legislar para promover el respeto de ciertos Derechos Humanos.

⁶² Vid. Nota pie 1, párr. 64

⁶³ C. JIMÉNEZ PIERNAS, “La costumbre internacional y los actos unilaterales”, en M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público (18ª Edición)*, Ed. Tecnos, Madrid 2013, 136-160, p. 149.

De acuerdo a la idea anterior, si como se ha comprobado algunos tribunales internos de los Estados de la OEA mencionan las opiniones consultivas de la CorteIDH como documentos a tener en cuenta para enjuiciar un caso concreto, entendemos que están convencidos de que las opiniones son normas jurídicas que sirven para apoyar la tesis de que sus resultados sobre los Derechos Humanos han de respetarse por los Estados, viéndose así cumplido el elemento espiritual ya mencionado.

Por si este argumento no fuera suficiente, entendemos que hay un motivo mayor para creer que las opiniones consultivas tienen efectos. Ya hemos visto que algunos autores sugieren que ningún Estado puede ir expresamente en contra de lo contenido en una opinión consultiva, por la fuerza moral que tienen como expresión de un parecer científico de la CADH.

La CorteIDH, a través de las opiniones consultivas, realiza una interpretación convencional, es decir, en qué sentido se deben entender los artículos de la CADH, cómo interaccionan entre sí y cómo se adaptan ante nuevas realidades político-jurídicas y sociales. Esto coadyuva a un mejor entendimiento por parte de los Estados de cuáles son sus obligaciones internacionales en materia de Derechos Humanos.

Por tanto, entendemos que las opiniones consultivas de la CorteIDH tienen un poderoso efecto coercitivo (que no coactivo). Como dijimos anteriormente, ningún Estado desea verse condenado por vulnerar los Derechos Humanos recogidos en la CADH, y menos aún si le conceden a las sentencias de la CorteIDH efectos jurídicos vinculantes. Por tanto, las opiniones consultivas funcionarían, no como elemento coactivo, sino como preaviso de una posible exigencia de responsabilidad internacional en el futuro en caso de que se diera un caso relacionado con la opinión consultiva.

Cuáles son las implicaciones de las afirmaciones que acabamos de hacer es lo que explicamos a continuación. La OC-24/17 ha tenido importantísimas repercusiones para las demandas del colectivo LGBTI, pues la opinión de la CorteIDH puede coadyuvar a un mayor respeto por parte de los Estados de la OEA de los Derechos Humanos que les han sido (y les son) negados. En el siguiente capítulo veremos cómo se ha integrado la protección del colectivo LGBTI por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito universal y especialmente en el hemisferio americano. Sin embargo, la contribución más importante que trataremos de realizar será probar la existencia de elementos que favorecen la aplicación de la citada opinión en los Estados de la OEA en aras de ampliar la esfera de protección de derechos.

III. LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17: UN ANÁLISIS DE SU CONTENIDO Y EFICACIA JURÍDICA

1. La protección universal de los derechos del colectivo LGBTI

Este capítulo podría empezar con la discriminación histórica y mundial contra personas por tener una identidad de género distinta a la atribuida socialmente por su sexo biológico o una orientación sexual alejada de la heterosexualidad normativa. Ser LGBTI, e incluso parecer LGBTI (ser un hombre afeminado o una mujer masculina también se ha asociado históricamente a esta condición), han sufrido el estigma durante siglos y les ha colocado en una situación de alta vulnerabilidad⁶⁴. No es nuestro cometido analizar ese recorrido, pero sí que podemos mencionar cuándo los miembros del colectivo LGBTI comenzaron a darse cuenta de que era necesario unirse y rebelarse contra esta situación de opresión.

Si bien es cierto que los primeros conatos de protesta tuvieron lugar tras la II Guerra Mundial, la primera gran revuelta por la obtención de derechos y por la lucha contra la discriminación tuvo lugar el 28 de junio de 1969 y en los días posteriores. Este acto ha sido conocido como la “revuelta de Stonewall Inn”, nombre que recibía un pub neoyorquino donde se reunían homosexuales y transexuales buscando un lugar en el que poder ser aceptados. En la madrugada del 28 de junio de 1969, la policía inició una redada para intimidar a los clientes de este pub y fueron contestados con palos y piedras.

Este hecho simbólico pasaría a la historia en una época donde otros movimientos sociales estaban en boga, como el movimiento afroamericano por la consecución de derechos civiles, la contracultura o el movimiento “hippie”. Los disturbios de Stonewall y este contexto social favorecieron el surgimiento del colectivo LGBTI como grupo social. Si bien es cierto que, como hemos dicho antes, ya existía una subcultura LGBTI que ya estaba operando, fue este momento histórico el que propició la oportunidad no sólo para visibilizar y combatir la discriminación histórica a la que se ha enfrentado este grupo, sino también para extenderla al resto del globo⁶⁵.

⁶⁴ G. CAREAGA, “The Protection of LGBTI Rights: An Uncertain Outlook”, *SUR - International Journal of Human Rights*, N° 20 (2014), 143-149, p. 144.

⁶⁵ F. WALTER, *Law and the Gay Rights Story: The Long Search for Equal Justice in a Divided Democracy*, Rutgers University Press, New Brunswick, pp. 36-37.

De hecho, el nacimiento irregular de las primeras ONG's de defensa LGBTI en los años 70, como ILGA (Asociación Internacional de Gays, Lesbianas, Transexuales e Intersexuales, en sus siglas en ingles), con problemas de organización y estrategias ineficaces, contrasta curiosamente con los éxitos que fueron cosechando en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las décadas posteriores⁶⁶. Sus reivindicaciones continúan a día de hoy, por tanto, no sólo a nivel nacional, sino también internacional. No olvidemos que la protección de los Derechos Humanos es una responsabilidad primaria de los Estados, pero cuando esta vía falla, existen mecanismos internacionales que protegen y promocionan los derechos del colectivo.

Curiosamente, a nivel internacional sólo existen dos tratados que mencionen específicamente los términos de “orientación sexual” e “identidad de género”: el primero es la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se proclamó en el año 2000⁶⁷, pero que entró en vigor con fuerza jurídica (de la que antes carecía al no ser un tratado) en 2009 en accesoión con el importante Tratado de Lisboa. En esta Carta se menciona solamente la orientación sexual en su artículo 21⁶⁸, cuando prohíbe cualquier tipo de discriminación por este motivo.

El segundo tratado que esta vez sí que menciona tanto la orientación sexual como la identidad de género, además de la novedosa “expresión de género”, es precisamente un tratado surgido en el contexto de la OEA y del SIDH: la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia de 2013. Baste mencionarlo simplemente, pues hablaremos de esta Convención profusamente en apartados posteriores.

Esta ausencia de referencias en los Tratados internacionales ha obligado a los diferentes órganos internacionales de protección de los Derechos Humanos creados por dichos Tratados a reinterpretar el sentido de algunas de sus palabras para dar cabida a la protección de la orientación sexual y la identidad de género. Por ejemplo, Lau⁶⁹ cita el ejemplo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos elaborado en el marco

⁶⁶ X. LUTCHMIE, “An Expanding Human Rights Corpus: Sexual Minority Rights as International Human Rights”, *Cardozo Journal of Law & Gender*, Nº 20 (2014), 337-369, p. 345.

⁶⁷ Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2000/C 364/01) del 18 de diciembre de 2000.

⁶⁸ *Ibidem*, Artículo 21: “No discriminación. 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

⁶⁹ H. LAU, “Sexual Orientation: Testing the Universality of International Human Rights Law”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 71, Nº4 (2004), 1689-1720, pp. 1699-1700.

de las Naciones Unidas en 1966, cuyo artículo 26 prohíbe cualquier tipo de discriminación. Específicamente, señala el autor que la palabra “sexo” del citado artículo ha servido para que una de las principales instituciones internacionales de protección de los Derechos Humanos, como es el Comité de Derechos Humanos de la ONU, amplíe el espacio de protección de los derechos para poder abarcar el respeto a la orientación sexual⁷⁰ e identidad de género.

Lo cierto es que, a pesar de que la ONU ha trabajado durante las últimas décadas en la promoción y protección de los derechos del colectivo LGBTI vinculándolos con la protección general de los Derechos Humanos, no deja de ser curioso que uno de los esfuerzos internacionales más reconocidos por reforzar esta vinculación se produjera en el año 2006 fuera del ámbito de una organización internacional. Fue en esta fecha cuando un grupo de expertos en Derecho Internacional de los Derechos Humanos se reunió en Yogyakarta (Indonesia) para debatir y redactar los llamados Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (o simplemente Principios de Yogyakarta).

Constituyen un total de 29 principios que se relacionan directamente con el articulado de Convenios como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya mencionado (PIDCP) o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Según Brown⁷¹, la aportación más importante de los Principios de Yogyakarta es que han motivado que la práctica de los Estados, de los sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos, de Naciones Unidas o incluso algunos elementos de *ius cogens* (Derecho imperativo) y costumbre internacional estén tomando ya en consideración la inclusión del respeto a la orientación sexual e identidad de género en su contenido.

No en vano, y a pesar de que solo son principios elaborados por expertos, ya han sido incorporados como referencia por instituciones de Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, lo cual ha servido en cierta manera para “positivizarlos”

⁷⁰ Conviene aclarar que los términos de “orientación sexual” operan de forma diferente en el ámbito internacional, pues mientras que para la legislación internacional la “orientación sexual” comprende la homosexualidad, la heterosexualidad y la bisexualidad, para la jurisprudencia internacional “orientación sexual” refiere únicamente al comportamiento homosexual o a relaciones entre personas del mismo sexo. Vid. K. WAALDIJK, “The Right to Relate: A Lecture on the Importance of ‘Orientation’ in Comparative Sexual Orientation Law”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 24., Nº 1 (2013), 161-199, pp. 163-164.

⁷¹ D. BROWN, “Making Room for Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law: An Introduction to the Yogyakarta Principles”, *Michigan Journal of International Law*, Nº 31 (2010), 821-879, p. 823.

y dotarles de cierta efectividad, al menos en lo que a su consideración política se refiere. Por ejemplo, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (la sudafricana Navanethem Pillay) realizó un informe en el año 2011⁷² para que se hiciera un listado de las leyes, prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género.

Este informe vino a acabar con la tibieza con que la ONU había tratado estos temas con resoluciones de menor nivel y compromiso, adoptando ahora una postura más firme y promoviendo un desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en estos aspectos⁷³. De hecho, en el año 2016 se creó el Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género⁷⁴ como mandato temático del Consejo de Derechos Humanos encargado de la investigación, promoción y protección del colectivo LGBTI contra todas aquellas prácticas discriminatorias que les afectan por estos motivos. Como ejemplo de las prácticas de este Experto Independiente, en 2017 presentó ante el Consejo un informe global de la situación del colectivo LGBTI en el mundo⁷⁵

Sea como fuere, la protección de los derechos del colectivo LGBTI se ha hecho más pronunciada en los sistemas regionales de cooperación, especialmente en el ámbito del Consejo de Europa, con la figura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiene una amplia jurisprudencia en cuanto a materia LGBTI se refiere⁷⁶. Su actividad ha motivado bastantes avances en el campo (a los que haremos referencia más tarde) y ha sido vanguardista para otros sistemas, como el SIDH, en el que el tema LGBTI se ha empezado a tratar más recientemente y que pasamos a analizar a continuación.

⁷² Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/19/41, *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17 de noviembre de 2011.

⁷³ J. MCGILL, "SOGI... So What? Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights Discourse at the United Nations", *Canadian Journal of Human Rights*, Vol. 3, Nº 1 (2014), 1-38, pp. 18-19.

⁷⁴ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/32/2, *Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 30 de enero de 2016. Cabe destacar que la votación para sacar adelante esta Resolución fue muy reñida, pues contó con 23 votos favorables, 18 en contra y 8 abstenciones.

⁷⁵ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/35/36, *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, 19 de abril de 2017.

⁷⁶ F. EDEL, *Case law of the European Court of Human Rights relating to discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, Ed. Council of Europe (2015). Consultado el 14 de junio de 2018 en <https://rm.coe.int/090000168045d74a>.

2. La protección del colectivo LGBTI en la OEA

Como acabamos de afirmar, la atención institucional de la OEA por la situación del colectivo LGBTI en América data de aproximadamente una década. Fue en el año 2008 cuando se adoptó la primera resolución de la Asamblea General de la OEA sobre este tema, constituyendo así el primer paso de todo un gran recorrido que nos lleva hasta la importante Opinión Consultiva 24/17, eje central de nuestro trabajo.

Para contextualizar los aportes que ha hecho la OEA para la protección del colectivo LGBTI en sus Estados miembros vamos a analizar los diferentes documentos que se han producido en los diferentes órganos del SIDH. De esta manera, vamos a analizar:

- Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, de carácter político.
- La Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, que, como dijimos antes, es el segundo Tratado internacional que menciona específicamente la orientación sexual, y hace mención expresa de la identidad de género y la expresión de género.
- Las decisiones de la ComisiónIDH y el importante informe de 2015 que elaboró sobre violencia contra el colectivo LGBTI.
- La jurisprudencia de la CorteIDH⁷⁷ a través de los dos únicos casos que ésta ha conocido, y que nos servirán para introducir la OC-24/17.

A) Resoluciones de la Asamblea General de la OEA

El artículo 54 de la Carta de la OEA atribuye a la Asamblea General la facultad de “decidir la acción y la política generales de la Organización, [...] y considerar cualquier asunto relativo a la convivencia de los Estados americanos”. Y ello lo hace (no exclusivamente) a través de resoluciones que expresan la voluntad política y el parecer de los Estados sobre diversas cuestiones que acontecen en el hemisferio americano.

⁷⁷ Hay que recordar al lector que la CorteIDH no es un órgano de la OEA, pues la Convención Americana de Derechos Humanos la coloca fuera de su ámbito. Esto no es óbice para situar a la CorteIDH dentro del SIDH, donde coadyuva a la protección de los Derechos Humanos en el hemisferio americano.

Se puede decir que la atención por el colectivo LGBTI en la OEA comenzó con una resolución del año 2008⁷⁸. En este año, la Asamblea General manifestó su preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionados, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género. Asimismo, encargó a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos que incluyera en su agenda el tema “Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género”. Por tanto, vemos cómo, a pesar de ser una importante primera aproximación, no hacía un enfoque pleno de Derechos Humanos, y solamente se centraba en los actos de violencia, y no en otras situaciones de discriminación al colectivo LGBTI.

Desde 2008 hasta hoy, cada año (a excepción del año 2015) la Asamblea General de la OEA ha sacado una resolución concerniente al respeto del colectivo LGBTI. Y lo ha hecho complejizándolas, dotando de más dimensiones de protección y también añadiendo más elementos de debate en la Asamblea General. Resultaría interesante hacer un análisis completo de todas las resoluciones, pero es más ilustrativo sacar algunos de los puntos más interesantes que plantean las mismas:

- **Crean órganos específicos de promoción y seguimiento de la situación del colectivo LGBTI:** En una Resolución del año 2010⁷⁹, la Asamblea General le pidió a la ComisiónIDH que considerara la posibilidad de hacer un estudio temático a nivel hemisférico y, para ello, durante su 143º periodo de sesiones creó la llamada “Unidad para los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersexo”. Esta Unidad se encargó de hacer informes anuales y temáticos hasta que fue sucedida en noviembre de 2013⁸⁰ por la Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI, adscrita a la ComisiónIDH. Esta Relatoría se encargó de elaborar los mismos informes que creaba su predecesora, incluyendo el importante informe sobre violencia contra las personas LGBTI que veremos en el siguiente apartado.
- **Introducen la cuestión de la “expresión de género” como elemento de protección en el SIDH:** Para acercarnos al significado de lo que quiere decir “expresión de género”, vamos a citar literalmente la definición otorgada por la

⁷⁸ Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, 3 de junio de 2008.

⁷⁹ Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES.2600 (XL-O/10), *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, 8 de junio de 2010.

⁸⁰ Se anuncia su creación en Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES.2863 (XLIV-O/14), *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género*, 5 de junio de 2014.

CorteIDH: “Se entiende como la manifestación externa del género de una persona, a través de su aspecto físico, la cual puede incluir el modo de vestir, el peinado o la utilización de artículos cosméticos, o a través de manierismos, de la forma de hablar, de patrones de comportamiento personal, de comportamiento o interacción social, de nombres o referencias personales, entre otros”⁸¹. Pues bien, se incluyó en una Resolución de 2013⁸² y desde entonces es un elemento más a tener en cuenta en la protección del colectivo LGBTI. A pesar de ser un elemento que se presta a la polémica, su conexión con el respeto a los DDHH no puede ser más íntima, pues la expresión de género se debe encuadrar dentro del respeto y protección de la libertad de expresión recogida en todos los instrumentos generales de protección de los Derechos Humanos, tanto universales como regionales. Y es que la libertad de expresión no sólo debe amparar el respeto de las opiniones de las personas sin importar su orientación sexual o identidad de género, sino también la expresión de la identidad personal de la manera que cada uno considere conveniente en relación a las ideas que hemos adelantado anteriormente como la apariencia, el lenguaje o el comportamiento⁸³.

- **Amplían la esfera de protección del colectivo LGBTI:** Recordemos que en la primera Resolución de 2008, tan sólo se mostraba la preocupación por los actos de violencia hacia el colectivo. Sin embargo, con el paso de los años, se ha ido reforzando la protección hacia las personas LGBTI. A modo de ejemplo, podemos señalar que en el año 2010, la Asamblea General de la OEA instaba a los Estados a combatir la discriminación⁸⁴, y sólo tardó un año más en condenar por fin la discriminación hacia ellas (si bien sólo la que se produce desde el ámbito público)⁸⁵. La cuestión no es baladí, pues el principio de no discriminación se entiende siempre en relación a Derechos Humanos concretos, sin los cuales no puede operar, con lo cual se contribuye a aportar un enfoque

⁸¹ CorteIDH, *Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, Serie A, Nº 24, párr. 32.

⁸² Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES.2807 (XLIII-O/13), *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género*, 6 de junio de 2013.

⁸³ D. NEGRO, “Orientación sexual, identidad y expresión de género en el Sistema Interamericano”, *Agenda Internacional*, Nº 28 (2010), 153-175, pp. 159-160.

⁸⁴ Vid. Nota pie Nº 79.

⁸⁵ Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, 7 de junio de 2011.

integral a la protección del colectivo LGBTI⁸⁶. De hecho, no deja de ser curioso que, desde el año 2016, las recomendaciones de la Asamblea General de la OEA sobre el colectivo se incluyen dentro de una resolución global que lleva por nombre “Promoción y protección de Derechos Humanos”⁸⁷ y que en el año 2017 ampliará el contenido de dichas recomendaciones, condenando no sólo toda forma de violencia contra el colectivo, sino también cualquier violación de Derechos Humanos y discriminación que sufran en el ámbito público, e instando a que se elimine también en el ámbito privado⁸⁸.

➤ **Generan un apoyo desigual por parte de los Estados miembros de la OEA:**

A pesar de que las primeras resoluciones gozaron de un apoyo político unánime (se entiende que éste existe cuando ningún Estado realiza observaciones a pie de página ni se opone al texto aprobado por la Asamblea General), a partir del año 2013 (curiosamente en el año en que se introduce la cuestión de la “expresión de género”) hubo una serie de Estados que comenzaron a poner de manifiesto sus oposiciones a las resoluciones que se han ido aprobando. Hablamos, sobre todo, de Estados caribeños (como Trinidad y Tobago, Guyana, San Vicente y Granadinas, Santa Lucía o Jamaica, entre otros), en los que la homosexualidad está penalizada como “sodomy” (“sodomía”) o “buggery” (“indecencia”) por influencia del colonialismo británico que introdujo este delito en esos territorios durante el siglo XIX y que, a día de hoy, aún se mantienen⁸⁹.

B) La Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia: del soft-law al hard-law

Como hemos afirmado anteriormente, la batalla contra la discriminación es muy importante en la defensa de los Derechos Humanos, pues están directamente interrelacionados en lo que a la protección de éstos últimos se refiere. Por este motivo, en 1994 la Asamblea General de la OEA dedicó una primera Resolución⁹⁰ a la lucha por evitar la discriminación en el hemisferio americano. Eso sí, sólo por determinados

⁸⁶ D. NEGRO, “Orientación sexual...”, *op. cit.*, p. 154-155.

⁸⁷ Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), *Promoción y Protección de Derechos Humanos*, 14 de junio de 2016.

⁸⁸ Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES.2908 (XLVII-O/17), *Promoción y Protección de Derechos Humanos*, 21 de junio de 2017.

⁸⁹ Para ver un análisis más profundo de la cuestión, se recomienda la lectura de M. PARADINAS, *El fin de la homofobia – Derecho a ser libres para amar*, Editorial Los Libros de la Catarata y FIBGAR, Madrid 2016, pp. 52-54.

⁹⁰ Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES. 1271 (XXIV-O/94), *No Discriminación y Tolerancia*, 10 de junio de 1994.

motivos: raza y religión. Un documento en el que, por cierto, también se incluyó el importante concepto de “intolerancia”. A pesar de no definir su significado, su inclusión en este primer momento va a tener importantes consecuencias jurídicas, como veremos más tarde.

A partir de entonces, la Asamblea General de la OEA ha ido aprobando diferentes resoluciones sobre la discriminación y la intolerancia⁹¹, y no fue hasta el año 2005 cuando adoptó el importante compromiso de instar a los Estados miembros, a través del Consejo Permanente, a constituir un Grupo de Trabajo para redactar una Convención contra el Racismo, otras formas de Discriminación e Intolerancia⁹².

Sin embargo, en el año 2010 el Estado de Antigua y Barbuda colocó una nota a pie de página a una resolución de la Asamblea General poniendo de manifiesto la necesidad de revisar el mandato que ésta había efectuado en la medida en que los Estados no habían logrado consensos sobre el alcance del proyecto y, en consecuencia, las negociaciones estaban en un punto muerto⁹³. Durante las negociaciones se observó que un solo instrumento no era práctico a los efectos de ser ratificado por contener obligaciones tan diversas.

Así, en 2011 los Estados americanos decidieron adoptar, por una parte, una Convención Interamericana contra el Racismo para luego elaborar uno o más protocolos que incluyera la protección contra todas las formas de Discriminación e Intolerancia⁹⁴. A esta decisión se opusieron países como Canadá o Estados Unidos (que ya habían venido oponiéndose alegando que estos instrumentos internacionales ya existían a nivel universal y, por tanto, sería una duplicidad a evitar), o Ecuador, que consideraba que dividir las Convenciones restaría fuerza a la lucha contra la discriminación y supondría la preeminencia de una sobre la otra.

⁹¹ Para más información, Organización de Estados Americanos, Departamento de Derechos Internacional, *Racismo, discriminación y tolerancia – Evolución del tema en la OEA*. Consultado el 18 de junio de 2018 en http://www.oas.org/es/sla/ddi/racismo_discriminacion_intolerancia_evolucion.asp

⁹² Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES. 2126 (XXXV-O/05), *Prevención del Racismo y de toda forma de Discriminación, Intolerancia y consideración de la elaboración de un Proyecto de Convención Interamericana*, 7 de junio de 2005.

⁹³ Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES. 2606 (XL-O/10), *Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia*, 8 de junio de 2010.

⁹⁴ Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES. 2677 (XLI-O/11), *Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia*, 7 de junio de 2011.

Sea como fuere, lo cierto es que este acuerdo sirvió para desbloquear las negociaciones, y en 2013 vieron la luz para la firma y ratificación de los Estados dos convenciones independientes: por una parte, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y formas conexas de Intolerancia; y por otra, la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia.

Básicamente, el contenido de ambas es muy semejante, y lo único que varía son los motivos de la discriminación. Esta diferencia va a ser la que nos motive a centrarnos en la última que hemos mencionado, pues es la que menciona específicamente los 3 motivos de discriminación que vienen afectando en mayor medida (aun cuando puedan verse sujetos a otros motivos) al colectivo LGBTI: la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género.

Como veníamos diciendo anteriormente, este Tratado internacional es muy interesante por varios motivos. Primero, porque describe un amplio catálogo de motivos de discriminación y define todos los tipos de discriminación (indirecta, agravada o múltiple, positiva, pública o privada...) así como el importante concepto de intolerancia, que describe en su artículo 1.5 de la siguiente manera:

“Artículo 1

5. Intolerancia es el acto o conjunto de actos o manifestaciones que expresan el irrespeto, rechazo o desprecio de la dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias. Puede manifestarse como marginación y exclusión de la participación en cualquier ámbito de la vida pública o privada de grupos en condiciones de vulnerabilidad o como violencia contra ellos”.

En segundo lugar, lo más importante a resaltar de esta Convención es que ya no hablamos de obligaciones “políticas” como en las resoluciones de la Asamblea General que vimos anteriormente y que son instrumentos de “soft law” (“derecho blando”). Ahora hablamos de un Tratado internacional, que crea auténticas obligaciones internacionales para el Estado que lo ratifica, lo cual es trascendental para el colectivo LGBTI en aras de garantizar sus derechos y evitar ser discriminados en los Estados americanos⁹⁵.

⁹⁵ D. NEGRO, “Los avances más reciente en la protección de los derechos humanos del grupo LGBTI en el ámbito interamericano”, *Derecho PCUP*, Nº 73 (2014), 155-183, pp. 178.

Quizás ése es el motivo por el cual, pasados 5 años, la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia no ha entrado en vigor, pues según su artículo 20, esta fase sólo llegará a partir del trigésimo día desde el segundo depósito del instrumento de ratificación. A pesar de ser un texto tremendamente ambicioso e integral en lo que a protección contra la discriminación se refiere, también es cierto que requiere un compromiso internacional e interno fuerte por parte de los Estados americanos, y por ello no parecen estar muy dispuestos a afrontar su ratificación, pues a día de hoy, tan sólo 10 Estados han firmado, y es Uruguay el único Estado que la ha ratificado⁹⁶.

C) Actividades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: el Informe de 2015 y jurisprudencia

A todas luces puede observarse que la ComisiónIDH, como órgano central del SIDH, ha jugado, y juega de hecho, un papel importante, no sólo en la promoción de los Derechos Humanos del colectivo LGBTI a través de sus informes temáticos y geográficos. No en vano, anteriormente hemos visto cómo, a cargo de la ComisiónIDH, se encuentra la Relatoría sobre los derechos de las personas LGBTI a cuya cabeza siempre está un miembro de la ComisiónIDH.

La ComisiónIDH, cuando estudiaba procedimientos temáticos o geográficos, ha intentado integrar la perspectiva LGBTI, pero con la creación de la Relatoría (previamente Unidad), esta actividad se ha intensificado. En sus actividades de monitoreo de la situación de los Derechos Humanos en el hemisferio, trata de observar la discriminación que sufren las personas LGBTI en ámbitos tan diversos como la salud, la justicia, el empleo, la educación, el acceso a la cultura o la participación política.

Pero si tenemos que destacar un aspecto que se hace mayúsculo dentro del continente americano, ése sería, sin duda, el tema de la violencia contra el colectivo LGBTI. Golpes, humillaciones, palizas, e incluso asesinatos: la violencia es una realidad que afrontan las personas LGBTI día a día en sus países, pues ya no sólo tienen que luchar contra el estigma social y la discriminación, sino que sufren en sus propias carnes los efectos de éstas.

⁹⁶ Para un seguimiento actualizado del estado de firma y ratificaciones de esta Convención, consultar en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp (Consultado el 18 de junio de 2018).

Para paliar esta situación y con el objetivo de dotar a los Estados americanos de herramientas para lidiar con esta situación, la ComisiónIDH preparó un informe dedicado única y exclusivamente a analizar las situaciones de violencia contra el colectivo LGBTI en los países americanos⁹⁷.

Lo interesante de este documento no es sólo la radiografía que hace de las situaciones de violencia que viven las personas LGBTI en el continente americano de manera generalizada, sino también por la renovada definición del concepto de violencia: no sólo incluye la violencia física que hemos mencionado arriba, sino también la violencia “psicológica” que puede operar (y, de hecho, opera) desde los sistemas de salud de algunos países americanos, que rechazan tratamientos a personas intersexuales o que maltratan a personas por su orientación sexual, su identidad o expresión de género. También cobra relevancia el hecho de que visibiliza otras situaciones originadas de forma interseccional⁹⁸ (ser LGBTI, pero también negro, indígena, pobre...) y que contribuye a complejizar aún más las situaciones de opresión que sufren estas personas.

Por supuesto, es necesario destacar lo que resulta de la elaboración de este informe, que no es otro asunto que las conclusiones y recomendaciones: tras asumir que, efectivamente, la heteronormatividad, la cisnormatividad y el binarismo de género son realidades que se imponen en América, es misión de los Estados, no sólo evitar desde los poderes públicos la violencia a las personas LGBTI mediante políticas públicas que favorezcan la comprensión de la realidad LGBTI y la educación en valores de respeto, tolerancia e igualdad, sino también perseguir la impunidad cuando se cometen actos violentos y que la justicia sea efectiva y ejemplar contra éstos.

Una buena muestra de todas estas situaciones que estamos describiendo son las decisiones que ha adoptado la ComisiónIDH en materia contenciosa en los últimos años. Hasta la fecha, pocos son los casos que han llegado hasta ella sobre personas LGBTI. Hay algunas que están pendientes de resolverse, pero cuya tramitación ha sido admitida por la ComisiónIDH:

⁹⁷ Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. Consultado el 21 de junio de 2018 en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>

⁹⁸ La interseccionalidad es un concepto acuñado por la jurista estadounidense Kimberle Crenshaw y que puede definirse como la expresión de un sistema de estructuras de opresión que se dan de forma simultánea y múltiple y que originan situaciones de discriminación aún más complejas. *Vid.* K. CRENSHAW, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989, Nº 1 (1989), pp. 139-167.

- ❖ **Caso Luis Alberto Rojas Marín vs. Perú⁹⁹**: El demandante denuncia agresiones físicas y verbales y tortura por ser homosexual en las dependencias policiales de Perú.
- ❖ **Caso Sandra Cecilia Pávez vs. Chile¹⁰⁰**: La demandante es una profesora chilena que impartía clases de Religión y que es despedida por tener una relación estable con otra mujer.
- ❖ **Caso Luisa Melinho vs. Brasil¹⁰¹**: El sistema de salud público brasileño se niega a hacerle a la demandante, mujer trans, una cirugía de afirmación de género ni a costearla en un centro privado.
- ❖ **Caso Vicky Hernández y familia vs. Honduras¹⁰²**: La familia de Vicky Hernández denuncia que ésta fue asesinada extrajudicialmente en un contexto de alta militarización en el país y que la justicia se niega a investigar los hechos por el hecho de que Vicky Hernández era una mujer lesbiana.
- ❖ **Caso Tamara Mariana Adrián Hernández vs. Venezuela¹⁰³**: La demandante, una mujer trans, denuncia la imposibilidad en el ordenamiento jurídico venezolano de poder actualizar la documentación registral y adecuar la identidad de género de una persona a su realidad.
- ❖ **Caso Alexa Rodríguez vs. El Salvador¹⁰⁴**: La peticionaria, mujer trans, se queja la inacción y el maltrato físico y psicológico de la policía salvadoreña al ir a denunciar que le habían pegado por ser, precisamente, transexual.

También tenemos otros casos que se quedaron en la ComisiónIDH, como la solución amistosa a la que se llegó en el caso X vs. Chile¹⁰⁵ (también conocido como “La Morada” vs. Chile) o el primer caso LGBTI de su historia, el caso Marta Lucía

⁹⁹ ComisiónIDH, Informe N°. 99/14, Petición 446-09. Admisibilidad. Luis Alberto Rojas Marín. Perú. 6 de noviembre de 2014.

¹⁰⁰ ComisiónIDH, Informe N°. 30/15, Petición 1263-08. Admisibilidad. Sandra Cecilia Pávez Pávez. Chile. 21 de julio de 2015.

¹⁰¹ ComisiónIDH, Informe N°. 11/16. Petición 362-09. Admisibilidad. Luiza Melinho. Brasil. 14 de abril de 2016.

¹⁰² ComisiónIDH, Informe N°. 64/16. Petición 2332-12. Admisibilidad. Vicky Hernández y Familia. Honduras. 6 de diciembre de 2016.

¹⁰³ ComisiónIDH, Informe N°. 66/16. Petición 824-12. Admisibilidad. Tamara Mariana Adrián Hernández. Venezuela. 6 de diciembre de 2016.

¹⁰⁴ ComisiónIDH, Informe N°. 73/16. Petición 2191-12. Admisibilidad. Alexa Rodríguez. El Salvador. 6 de diciembre de 2016.

¹⁰⁵ ComisiónIDH, Informe N° 81/09. Petición 490-03. Solución Amistosa. X. Chile. 6 de agosto de 2009. Versaba sobre una mujer que había sido denunciada por una carabinera chilena por mantener relaciones sexuales con otra mujer. El Estado de Chile accedió a reparar su daño antes de que la ComisiónIDH entrara en el fondo del asunto, evitando así un posible informe de condena.

Álvarez Giraldo vs. Colombia¹⁰⁶, sobre una mujer a la que se le restringen las visitas penitenciarias a su pareja del mismo sexo y que culminó con un informe de condena.

Por último, tenemos los tres casos que han sido analizado por la ComisiónIDH y que, al no ser cumplidas las recomendaciones de ésta, han sido enviadas a la CorteIDH para su re-examen final. Hablamos de los casos de Karen Atala e Hijas vs. Chile¹⁰⁷, el caso Flor Freire vs. Ecuador¹⁰⁸ y el caso Duque vs. Colombia¹⁰⁹. En la medida en que nuestro trabajo está centrado en mayor medida en la CorteIDH, allí analizaremos las sentencias de fondo dictadas en estos casos. No obstante, podemos observar que la ComisiónIDH ya tiene una experiencia (si bien breve) en litigios contenciosos sobre el colectivo LGBTI y habrá que esperar unos años para ver cómo resuelve los casos anteriormente mencionados.

D) La jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A priori, este apartado podría parecer corto, pues a pesar de que la CorteIDH lleva casi 40 años en funcionamiento, lo cierto es que, en relación con el colectivo LGBTI y sus derechos, tan sólo se ha pronunciado en tres ocasiones en el uso de su facultad contenciosa. Los casos ya los hemos mencionado anteriormente: hablamos del Caso Karen Atala y Niñas vs. Chile¹¹⁰, el Caso Duque vs. Colombia¹¹¹, y el Caso Flor Freire vs. Ecuador¹¹².

Vamos a dejar por un momento aparcado el primer caso (que nos dará más elementos de debate) para analizar el caso colombiano y el ecuatoriano. En cuanto al primero de ellos, y por hacer un resumen conciso de los hechos, podemos decir que se trata de un varón homosexual colombiano que, al morir su pareja y al depender de un tratamiento contra el VIH-SIDA (enfermedad que también tenía su pareja), exige a

¹⁰⁶ ComisiónIDH, Informe Nº 3/14. Caso 11.656. Fondo. Marta Lucía Álvarez Giraldo. Colombia. 31 de marzo de 2014.

¹⁰⁷ ComisiónIDH, Informe Nº 139/09. Caso 12.502. Fondo. Karen Atala e Hijas. Chile. 18 de diciembre de 2009.

¹⁰⁸ ComisiónIDH, Informe Nº 81/13. Caso 12.743. Fondo. Homero Flor Freire. Ecuador. 4 de noviembre de 2013.

¹⁰⁹ ComisiónIDH, Informe Nº 5/14. Caso 12.841. Fondo. Ángel Alberto Duque. Colombia. 2 de abril de 2014.

¹¹⁰ CorteIDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, Nº 239.

¹¹¹ CorteIDH, *Caso Duque vs. Colombia, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C, Nº 310.

¹¹² CorteIDH, *Caso Flor Freire vs. Ecuador (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 31 de agosto de 2016, Serie C, Nº 315.

Colombia que se le preste una pensión de viudedad. Colombia rechazó su petición afirmando que la ley sólo reconocía este derecho para parejas heterosexuales.

En realidad, el caso tenía una resolución medianamente sencilla por varios detalles:

- ❖ **La existencia de una decisión internacional por hechos similares contra el mismo país:** En el año 2007, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ya decidió en un caso similar¹¹³ que Colombia vulneró el art 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al denegar el derecho a recibir una pensión sobre la base de su orientación sexual, lo cual constituye un trato discriminatorio.
- ❖ **El amparo de la Corte Constitucional de Colombia en cuanto a las pensiones y acceso a beneficios sociales de parejas homosexuales:** La reacción del máximo órgano jurisdiccional colombiano no se hizo esperar y en el año 2008¹¹⁴ extendió el derecho a la pensión de viudedad a parejas homosexuales, sentencia que fue completada y mejorada haciendo referencia a otros derechos sociales en el año 2010¹¹⁵.

Sin embargo, y a pesar de lo que parece obvio, Colombia no fue condenada en la CorteIDH por este motivo. De hecho, el propio Estado colombiano aceptó que hubo discriminación en la ComisiónIDH y en la propia CorteIDH, pero no cumplió con las medidas de reparación, motivos por los que fue condenada de nuevo a pagar la suma de 10.000\$ y a abrir un proceso prioritario interno para acceder a tal prestación.

En el caso Flor Freire contra Ecuador, tenemos el marco fáctico de un joven expulsado del Ejército por mantener relaciones sexuales con una persona de su mismo sexo, de acuerdo al Reglamento de Disciplina Militar ecuatoriano vigente en aquel momento. La CorteIDH encontró discriminatorio el trato otorgado al señor Flor Freire y para ello se basó en célebres sentencias de su homólogo europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹¹³ Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005, *Comunicación 1361/2005 (caso X. c. Colombia)*, 14 de mayo de 2007.

¹¹⁴ Colombia. Corte Constitucional (Sala Plena). Sentencia núm. C-336/08 de 16 de abril.

¹¹⁵ Colombia. Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión). Sentencia núm. T-051/10 de 2 de febrero.

Hablamos de los Asuntos Smith y Grady¹¹⁶; Lustig-Prean y Beckett¹¹⁷; Beck, Copp y Bazeley¹¹⁸; y Perkins y R¹¹⁹. Todos ellos tenían en común el Estado demandado (Reino Unido), pues eran consecuencia de una política llevada a cabo por el Ministerio de Defensa británico consistente en identificar a personas homosexuales que hubiera en las Fuerzas Armadas para expulsarlos.

Estas sentencias, a pesar de ser importantes para el colectivo LGBTI en tanto en cuanto, por ejemplo, la primera les reconoce derechos sociales a las parejas homosexuales (los mismos que las heterosexuales) y la segunda visibiliza y condena la discriminación de personas LGBTI en las Fuerzas Armadas, no revisten mayor importancia doctrinal que la que supuso en su día la de la jueza Karen Atala, por ser la primera sentencia sobre el colectivo LGBTI en el seno de la CorteIDH y por afirmar importantes principios de los cuales hablaremos a continuación.

Haciendo un resumen, podemos decir que es el caso de una jueza (Karen Atala) que se divorcia de su marido, pasa a tener una relación sentimental con una mujer y su marido exige la custodia de sus hijas. Chile (a través de sus tribunales) entendió que la señora Atala había antepuesto su interés personal con esa relación homosexual al interés superior de los hijos. En definitiva, se le estaba dando a elegir entre vivir su orientación sexual con plenitud o tener a sus hijas en custodia.

Hasta aquel momento, como hemos dicho, no se había analizado ningún caso sobre orientación sexual, identidad o expresión de género. En parte, porque la CADH no incluye ninguna referencia a estos términos en su articulado. Sin embargo, la CorteIDH, en ejercicio de su papel como intérprete autorizado y en aplicación del principio de interpretación evolutiva, determinó que:

“91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas

¹¹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera). Asunto Smith y Grady contra Reino Unido. Sentencia de 27 de diciembre de 1999.

¹¹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera). Asunto Lustig-Prean y Beckett contra Reino Unido. Sentencia de 27 de diciembre de 1999.

¹¹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta). Asunto Beck, Copp y Bazeley contra Reino Unido. Sentencia de 22 de enero de 2003.

¹¹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta). Asunto Perkins y R. contra Reino Unido. Sentencia de 22 de enero de 2003.

(supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”.¹²⁰

Este ejercicio interpretativo tan flexible de la CorteIDH ha sido absolutamente trascendental para dar cobertura a las necesidades de las minorías desfavorecidas (en este caso, el colectivo LGBTI) de disfrutar los derechos reconocidos en la CADH en igualdad de condiciones y sin discriminación¹²¹. También ha servido esta sentencia para que los tribunales internacionales se den cuenta de que existen discriminaciones fácticas por parte de la sociedad disfrazadas a través de conceptos abstractos, como en este caso el interés superior del niño.

Hay quien, en cambio, considera que la CorteIDH podría haberse extralimitado en sus funciones, superando incluso la esfera de competencia de sus homólogos: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Podría estar dando la razón a los países que no quieren adherirse a la CADH o ratificar la competencia del tribunal regional interamericano por temor a sentencias demasiado ambiciosas¹²².

Empero, también se reconoce la importancia que esta sentencia tiene para el SIDH en lo que al respeto y garantía contra la discriminación por motivos de orientación sexual, identidad y expresión de género se refiere, sobre todo con la primera, por su carácter ejemplarizante y transformadora¹²³. No en vano, la CorteIDH, al anunciar las medidas de reparación que prevé para este caso, afirma en la propia sentencia que:

“267. [...] Por ello, algunas de las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo

¹²⁰ CorteIDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 91.

¹²¹ R. CELORIO, “The Case of Karen Atala and Daughters: Toward a Better Understanding of Discrimination, Equality, and the Rights of Women”, *The City University of New York Law Review*, Vol. 14, Nº 2 (2012), 335-389, pp. 387-388.

¹²² A. PAÚL, “Examining Atala-Riffo and Daughters v. Chile, the first Inter-American Case on sexual orientation, and some of its implications”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 7, Nº 1, 54-74, p. 74.

¹²³ *Ibidem.*, p. 64

restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI”.¹²⁴

Esta interpretación evolutiva, la ampliación de derechos subjetivos para el colectivo LGBTI y la vocación de que el SIDH tenga en cuenta sus demandas, serán los pilares que, 5 años después, cimentarán la importantísima Opinión Consultiva 24/17, la cual ha contribuido a cambiar radicalmente el panorama jurídico sobre la orientación sexual, la identidad y la expresión de género que existe en este hemisferio. A continuación, expondremos las claves de esta opinión para, posteriormente, pasar a analizar cuáles son las implicaciones jurídicas en el SIDH.

3. Análisis de la Opinión Consultiva OC-24/17

A lo largo del presente estudio hemos hecho continua referencia a nuestra vocación de presentar una perspectiva teórico-práctica de los efectos jurídicos de las opiniones consultivas. Centrarnos en la situación del colectivo LGBTI en el hemisferio americano no ha sido fruto de la espontaneidad, sino que obedece a la reciente publicación de la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica.

Por este motivo, en este apartado vamos a analizar el contenido de esta Opinión, desde su planteamiento hasta las conclusiones a la que llega la CorteIDH para contestar a las consultas de Costa Rica, pasando, por supuesto, por los temas de especial relevancia para el colectivo LGBTI. Será en el siguiente apartado cuando hablemos de las implicaciones jurídicas que puede tener esta Opinión en el continente americano.

A) Planteamiento de la consulta por Costa Rica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El estudio de la situación del colectivo LGBTI en el SIDH que hemos realizado arriba nos permite comprender que su tratamiento es una cuestión muy novedosa dentro del mismo y que aún quedaban cuestiones por resolver. Quizás este vacío interpretativo, y ante el nuevo reto que supone para los gobiernos americanos responder eficazmente a las demandas del colectivo LGBTI frente a las posibles resistencias internas, fue lo que motivó a Costa Rica a querer conocer cuáles eran las obligaciones de los Estados que se desprendían de la CADH con respecto a esas demandas.

¹²⁴ CortelIDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, párr. 267.

En concreto, querían conocer el alcance de los artículos 11.2 (Protección de la Honra y de la Dignidad contra las injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada), 18 (Derecho al Nombre) y 24 (Igualdad ante la Ley y No Discriminación) de la CADH con respecto a las personas LGBTI y a sus demandas. Por este motivo, Costa Rica planteó el 16 de mayo de 2016 las siguientes preguntas a la CorteIDH:

- “1. Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?;
2. En caso que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?;
3. ¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?;
4. Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?, y
5. En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?”¹²⁵

A esta consulta presentaron observaciones hasta 9 Estados de la OEA y más de 40 asociaciones y ONG's, la propia ComisiónIDH, organismos estatales e

¹²⁵ CorteIDH, *Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, Serie A, Nº 24, párr. 3. Es necesario resaltar que, en la medida en que nuestro objeto de análisis son las consultas fruto de la aplicación del art. 64.1 CADH, omitiremos la tercera pregunta que es una consulta que, aunque es importante, entra dentro de la esfera de acción del art. 64.2 CADH en referencia al derecho interno costarricense y quedará respondida en los siguientes apartados.

internacionales e incluso personas de la sociedad civil¹²⁶. Tras examinar, sin mayor complicación teórica, los requisitos de admisibilidad, los criterios de interpretación y el glosario necesario para comprender la realidad LGBTI, la CorteIDH entra de lleno en el contenido de la consulta.

B) Cuestiones trascendentales para el colectivo LGBTI tratadas en la OC-24/17

a) Derecho de igualdad y no discriminación

Para empezar este apartado, es necesario traer a colación lo que ya hemos escrito sobre el tratamiento de la discriminación en el SIDH, y en concreto los avances conseguidos con la creación de tratados internacionales que protegen contra la discriminación y que apuestan por la igualdad de derechos de todas las personas¹²⁷.

Y es que el SIDH, desde sus orígenes, tiene un planteamiento bastante avanzado con respecto a sistemas análogos. Por ejemplo, comparándolo con el sistema europeo, ambos tratados de protección de los Derechos Humanos, la CADH (en sus artículos 1.1 y 24) y el CEDH (en su artículo 14 y en el Protocolo Adicional N° 12), obliga a los Estados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos contenidos en sendas convenciones sin discriminación alguna, así como a garantizar la igual protección de la ley sin discriminación injustificada. Ahora bien, a pesar de la apariencia de revestir el mismo contenido en un caso y en otro, entre ambos hay dos diferencias en su aplicación jurídica a tener en bastante consideración:

- **La relación dependencia del art. 14 CEDH con el resto del articulado:** En el Asunto Rasmussen¹²⁸ el TEDH afirma que no existe un derecho a la igualdad y a la no discriminación independiente sino que éste debe ser alegado siempre en relación con alguno de los derechos sustantivos que se reconocen en el CEDH, lo cual no sucede en la CADH, donde se puede alegar la violación independiente del art. 1.1 CADH.
- **La discriminación en la ley:** Mientras que la CADH ya protegía contra la discriminación en las leyes internas de los Estados desde su redacción en 1969,

¹²⁶ *Ibidem*, párr. 6.

¹²⁷ *Vid.* Capítulo II, apartado 2, sub-apartado B) “La Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia: del soft-law al hard-law”.

¹²⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sala). Asunto Rasmussen contra Dinamarca. Sentencia de 28 de noviembre de 1984. Párrafo 29.

en Europa hubo que esperar hasta el año 2000 para que este derecho se viera reconocido en el ámbito de los Estados del Consejo de Europa. El principal problema que plantea la aplicación de este Protocolo, y en lo que radica su diferencia respecto del tratamiento de la CADH, es que su ratificación es facultativa para los Estados Miembros. Esto se debe a que los Estados Miembros ven con recelo la posibilidad de que el Tribunal de Estrasburgo pueda, con este Protocolo, ampliar su esfera de actuación ante unos casos de discriminación que ahora se entienden más extensibles a otros ámbitos, de ahí que haya autores¹²⁹ que expresen la preocupación que para la evolución progresiva del principio de igualdad pueda representar la escasa adhesión al Protocolo.

Con todo, la CorteIDH ha sacado bastante provecho de la jurisprudencia sobre discriminación de su homólogo europeo, no sólo por casos como el Asunto Salgueiro da Silva Mouta¹³⁰ o el Asunto S.L.¹³¹, sino por utilizar el llamado “test jurisprudencial de legitimidad de los límites a los derechos” que el TEDH emplea en aquellas sentencias en las que tiene que examinar la legitimidad de la diferenciación de trato en su legislación interna. Así, este test persigue comprobar si la medida ha sido necesaria y que el fin perseguido sea legítimo, pasando por un previo juicio de proporcionalidad¹³².

Lo interesante de este punto de análisis de la CorteIDH es que menciona que la falta de consenso en los países sobre la igualación de derechos a las personas LGBTI no funciona como una excusa válida para no crear e implementar medidas que busquen la

¹²⁹ I. LAZKANO, “Protocolo número 12 al Convenio”, en I. LASAGABASTER (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario sistemático*, Editorial Aranzadi, Navarra 2015, 1043, pp. 1039-1048.

¹³⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta). Asunto Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal. Sentencia de 21 de marzo de 2000. En este caso, a un padre se le quita la patria potestad de su hija por haber asumido su homosexualidad, situación considerada por los tribunales portugueses como de “anormalidad” para el desarrollo de la menor, siendo por tanto una diferencia de trato injustificada. Guarda cierta semejanza con el célebre caso Atala Riffo y Niñas contra Chile que ya hemos examinado antes.

¹³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Primera). Asunto S. L. contra Austria. Sentencia de 9 de abril de 2003. En ella existía una condena a un hombre adulto por mantener relaciones sexuales con varones menores de edad, cuando las relaciones heterosexuales, en las mismas circunstancias, no estaban penadas. Esto también sucedía en el Asunto L. V. contra Austria o en el Asunto B. B. contra Reino Unido.

¹³² CorteIDH, *Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, Serie A, Nº 24, párr. 81. Para más información sobre la aplicación de este test en el ámbito europeo de protección de Derechos Humanos, Vid. X. ARZOZ, “Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar”, en I. LASAGABASTER (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos: Comentario sistemático*, Editorial Aranzadi, Navarra 2015, 341-343, pp. 338-438.

igualdad y la no discriminación¹³³, algo que en el continente europeo sí que funciona con mayor fuerza con la figura del “margen de apreciación nacional”. Este asunto lo examinaremos más tardes cuando hablemos de la opinión de la CorteIDH sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Con todo, la conclusión de la CorteIDH es que, con base al art. 1.1 CADH, el colectivo LGBTI no puede ser discriminado en el disfrute de los derechos y libertades contemplados en la CADH y en las respectivas leyes nacionales por motivos de orientación sexual, identidad y expresión de género, en pos de la igualdad¹³⁴.

b) Derecho a la identidad de género y al procedimiento de cambio de nombre

Este apartado se refiere a la gran cantidad de obstáculos que tienen que afrontar las personas trans para que su identidad de género sea reconocida con facilidad y sin estigmatización. Como bien dice la propia CorteIDH, el derecho a la identidad tiene un valor instrumental por cuanto, al ser la carta de presentación de una persona ante la sociedad (y ante uno mismo), sirve para ejercer derechos y libertades¹³⁵. De esta manera, las barreras para hacer efectivo el derecho a la identidad, especialmente para las personas trans, dificultan su desenvolvimiento en la sociedad y contribuye aún más a la incompreensión de este colectivo y a su marginalización.

Para responder a las dos primeras consultas, la CorteIDH encuentra un gran apoyo en el Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad”¹³⁶ y en el Informe sobre Privacidad y Protección de Datos Personales del Comité Jurídico Interamericano¹³⁷.

Así, en cuanto a la primera pregunta, sobre si la CADH contempla el derecho al cambio de nombre según la identidad de género de cada persona, la CorteIDH responde afirmativamente, y además incluye la adecuación de la imagen y la rectificación al sexo o género en los documentos de identidad y registros¹³⁸. Todo ello en base a los artículos

¹³³ *Ibidem*, párr. 83

¹³⁴ *Ibidem*, párr. 84

¹³⁵ *Ibidem*, párr. 99.

¹³⁶ Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), *Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad”*, 3 de junio de 2008

¹³⁷ Organización de Estados Americanos, Comité Jurídico Interamericano, CJI/doc.474/15 rev. 2, *Privacidad y protección de datos personales*, 26 de marzo de 2015.

¹³⁸ CorteIDH, *Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (Interpretación y alcance de los artículos*

1.1, 11.2, 18 y 24 ya mencionados arriba, pero también respecto al artículo 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica) y el 7.1 (derecho a la libertad).

Si esta respuesta podría ser más bien sencilla para la CorteIDH, más problemática presenta la segunda pregunta, pues aunque la consulta que realiza Costa Rica se refiere únicamente a la naturaleza (administrativa o jurisdiccional) del procedimiento para realizar los cambios contemplados en el párrafo anterior, la CorteIDH se toma la licencia, además, de describir cómo debe ser ese procedimiento y qué requisitos tiene que cumplir, con lo cual se podría pensar que, pese a responder a la consulta, se estaría propasando en sus actuaciones, crítica que se le hace con frecuencia.

Con todo, la CorteIDH establece la libertad de los Estados de escoger el sistema que consideren más oportuno, si bien se atreve a lanzar su preferencia por los sistemas administrativos o notariales, que concibe menos gravosos y más se ajustan a los requisitos que deben tener estos procedimientos y que mencionamos a continuación¹³⁹:

- a) Deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida
- b) No deben exigir certificaciones médicas y/o psicológicas
- c) Deben ser confidenciales
- d) Deben ser expeditos y tender a la gratuidad
- e) No deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o tratamientos hormonales.

En definitiva, lo que pretende la CorteIDH es que los procedimientos de adecuación de la identidad de género de cada persona sean lo más sencillos y respetuosos posibles. Además de que recoge las aspiraciones de las personas trans en todo el mundo: que se deje de considerar la transexualidad como un trastorno mental y que se eliminen requisitos que a las personas cisgénero¹⁴⁰, lo cual constituiría un gran avance hacia la igualdad y contribuiría a reducir la estigmatización de las personas trans.

1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, Serie A, Nº 24, párr. 116.

¹³⁹ *Ibidem*, párr. 160.

¹⁴⁰ Una persona es cisgénero cuando su identidad de género corresponde con el sexo asignado al nacer. Para encontrar esta definición y otras más, *Vid.* Nota pie Nº 81.

c) El matrimonio entre personas del mismo sexo

Si, como hemos afirmado antes, la CorteIDH se sitúa en esta Opinión Consultiva en un terreno interpretativo bastante amplio, en el apartado de la protección internacional de los vínculos entre personas del mismo sexo sigue el mismo camino con una decisión que, sin duda, causará gran repercusión en los Estados americanos.

Para empezar, la CorteIDH recoge una afirmación que ya había hecho el TEDH en el importante Asunto Schalk y Kopf¹⁴¹: que la relación estable entre dos personas del mismo sexo ya no entra (o, al menos, no exclusivamente) dentro del ámbito de la “vida privada”, sino que evoluciona y pasa a ser “vida familiar” con igualdad de tratamiento si se tratase de una pareja heterosexual.

El concepto de familia ha experimentado una gran evolución en los países democráticos de todo el mundo, y los Estados americanos no han sido ajenos a ella. Esto ha favorecido que los Estados hayan ido reconociendo progresivamente, ya sea con la figura de las uniones civiles, ya sea con la del matrimonio, la posibilidad de que las parejas de personas del mismo sexo tengan un estatus jurídico de protección como el que pueden tener las parejas de distinto sexo.

Es por este motivo que la CorteIDH, respondiendo a la cuarta pregunta, entiende que todos los derechos patrimoniales que tengan las parejas formadas por personas de distinto sexo derivadas del vínculo familiar (sea cual sea) se deben extender a las parejas de personas del mismo sexo¹⁴². Esta idea está lejos de toda sombra de duda si tenemos en cuenta el derecho a la igualdad y a la no discriminación derivados de los artículos 1.1 y 24 CADH.

Ahora bien, lo que resulta ser uno de los grandes elementos novedosos de esta Opinión Consultiva es la respuesta a la quinta pregunta. En ella, Costa Rica preguntaba acerca de la necesidad de que exista una figura jurídica que proteja estos derechos patrimoniales de las parejas de personas del mismo sexo. La CorteIDH, de forma inteligente, rechaza la creación de figuras jurídicas nuevas para abarcar situaciones ya previstas por la ley con las uniones civiles o los matrimonios, por lo que la respuesta

¹⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Primera). Asunto Schalk y Kopf contra Austria. Sentencia de 22 de noviembre de 2010. Párrafos 93-95.

¹⁴² CorteIDH, Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, Serie A, Nº 24, párr. 199.

debe pasar por extender la posibilidad de acceder a ellas a las parejas integradas por personas del mismo sexo¹⁴³.

Si bien esto parece coherente, nuevamente, con la idea de igualdad y no discriminación, más complicada es la recomendación que hace la CorteIDH, que insta a los Estados, con urgencia, a garantizar el acceso al matrimonio a las parejas de personas del mismo sexo y, mientras que lo hacen, garanticen a éstas los derechos asociados al matrimonio¹⁴⁴, lo cual constituye una extralimitación a la hora de responder a la pregunta que realizó el Estado de Costa Rica.

No en vano, si nos vamos al continente europeo, el TEDH aún no ha sido capaz de expresar una idea así. En los últimos años ha hecho un avance bastante grande con el Asunto Vallianatos y otros¹⁴⁵ y el Asunto Oliari y otros¹⁴⁶, pues afirma que, aun cuando el margen de apreciación de los Estados es amplio a la hora de extender el matrimonio a parejas heterosexuales, este margen se vuelve muy estrecho cuando los países reconocen las uniones civiles para parejas de personas de distinto sexo y no para las del mismo sexo, con lo cual estaría creando una obligación positiva para aquellos países en los que se da esta situación.

Sin embargo, repetimos, el TEDH sigue siendo muy respetuoso con el margen de apreciación de los Estados a la hora de regular la institución matrimonial, que si bien está ya reconocida para las parejas de personas del mismo sexo en algunos países, éstos siguen siendo minoría en el continente europeo. Por este motivo, resulta difícil comprender cómo en el continente americano, con menos países que reconocen esta ampliación de la institución matrimonial, la CorteIDH crea una obligación positiva con tanta repercusión para los Estados, que deberán vencer fuertes resistencias para reconocer unos derechos tan ansiados por un colectivo LGBTI que ve con muy buenos ojos esta Opinión.

¹⁴³ *Ibidem*, párr. 218.

¹⁴⁴ *Ibidem*, párr. 226-228.

¹⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Asunto Vallianatos y otros contra Grecia. Sentencia de 7 de noviembre de 2013.

¹⁴⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Cuarta). Asunto Oliari y otros contra Italia. Sentencia de 21 de octubre de 2015.

C) Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-24/17

Después de todo lo que hemos leído, no es de extrañar que los 7 Jueces que componen la CorteIDH contestaran afirmativamente a varias preguntas planteadas por Costa Rica que así lo exigían y dio significativos detalles para responder a otras. Todas las decisiones, salvo una, fueron tomadas por unanimidad.

Esta excepción la constituye la última decisión de la cual hemos hablado justo al final del anterior apartado: la obligación positiva que genera la CorteIDH hacia los Estados para que legislen a favor del acceso a todas las figuras jurídicas, incluidas el matrimonio, para las parejas de personas del mismo sexo. En esta decisión, sólo el Juez chileno Vio Grossi se pronunció de manera disidente, emitiendo además un voto particular parcialmente disidente.

En este voto particular, el Juez Vio Grossi hace una reflexión muy importante y a la que se podría adherir uno fácilmente: en el estado actual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no se puede extraer por vía convencional, consuetudinaria o de los principios generales del Derecho que exista una norma que regule la situación de las parejas del mismo sexo, sino que sólo hay actos unilaterales de los Estados que afectan, como no podía ser de otra manera, a los propios Estados¹⁴⁷.

En opinión del Juez, el ejercicio que hace la CorteIDH en esta Opinión sería más la de impulsar la aceptación del matrimonio entre parejas del mismo sexo que la de conformar una posición acorde al Derecho Internacional¹⁴⁸, tensión que ya hemos comprobado que existe al analizar los efectos jurídicos de las opiniones consultivas entre las posiciones de Derechos Humanos y las de Derecho Internacional.

Al análisis práctico de esta cuestión pasamos ahora para preguntarnos si existen elementos que permitan favorecer la aplicabilidad de la OC-24/17 en los Estados miembros de la OEA o, por el contrario, no tienen efectos jurídicos que vinculen con obligaciones a los Estados americanos.

¹⁴⁷ CorteIDH, Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, Serie A, Nº 24, Voto individual del Juez Eduardo Vio Grossi, párr. 66-69.

¹⁴⁸ *Ibidem*, párr. 104.

4. Fuerza ejecutiva de la OC-24/17 en los Estados americanos.

¿Hay elementos que favorecen su aplicación?

Realizar este apartado supone trasladar el debate teórico del primer capítulo de este trabajo al caso específico, a la concreción de una realidad que afecta a un sector minoritario de especial vulnerabilidad como es el colectivo LGBTI y que ya hemos estudiado en este capítulo. Hemos podido comprobar los avances en el SIDH y cuál ha sido la jurisprudencia previa de la CorteIDH en esta materia, pero nos falta por analizar el posible impacto que puede tener la importante OC-24/17 en los Estados americanos. Si bien hemos partido del prisma de que las opiniones consultivas no son jurídicamente vinculantes, ¿existen elementos que nos hagan pensar en una posible evolución en la protección en el Derecho Internacional de las personas LGBTI contra su discriminación por motivos de orientación sexual, identidad y expresión de género? ¿Es, por el contrario, una muestra más de una CorteIDH que se esfuerza por hacer evolucionar los Derechos Humanos pero se encuentra con importantes barreras jurídico-políticas en su actuar?

Lo cierto es que, a ojos de este autor, la respuesta no es taxativa en cuanto a su formulación ni está exenta de cierta polémica porque, de todo lo expresado aquí, se puede responder a ambas de forma afirmativa y su existencia coetánea puede ser (y es, como trataremos de demostrar) perfectamente plausible.

Empezando por resolver la última cuestión planteada, cabría preguntarse si deberíamos hablar de barreras jurídico-políticas o quizás más bien de un exceso de atribuciones autoimpuesto por la CorteIDH que fomenta o visibiliza la acción de estas barreras. Nos referimos a las decisiones de la OC-24/17 en las que hemos advertido que el Tribunal interamericano podría haberse excedido en sus funciones, es decir, en la elaboración de los requisitos que debe cumplir el procedimiento para el cambio de género y nombre para las personas trans en sus respectivos países y en el establecimiento de la obligación de legislar a favor del matrimonio entre las personas del mismo sexo.

En este sentido, y aunque las decisiones son tremendamente favorables para las demandas del colectivo LGBTI en el hemisferio americano, no se puede dejar en ningún momento a un lado el marco jurídico en el que las actuaciones de un Tribunal internacional se mueven e interaccionan. Por más que se quiera impulsar una visión

basada en el respeto y la ampliación de las esferas de protección de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional sigue estando presente para regular y controlar que las normas jurídicas internacionales estén en armonía con la conducta de Estados y Organizaciones Internacionales, incluyendo las decisiones de sus propios organismos.

Por eso hay que tener precaución ante una decisión de la CorteIDH tan ambiciosa. Una interpretación *pro personae* de la CADH demasiado extensiva que crea nuevos derechos no contemplados en la misma atenta contra uno de los principios clave que sustentan el orden internacional y, por ende, incluido en él, el Derecho Internacional. Nos estamos refiriendo al elemental principio de soberanía estatal que se puso de manifiesto, entre otras, en una de las resoluciones más importantes que ha generado la Asamblea General de la ONU: la Resolución 2625¹⁴⁹, que predica los principios básicos y universalmente aceptados del Derecho Internacional en lo que a relaciones de amistad y cooperación se refiere.

Como decía inteligentemente en su día el Thomas Buergentahl en los albores de la actividad de la CorteIDH, la función consultiva debe tener la capacidad de proveer al SIDH de decisiones judiciales conformes a la ley en orden a inspirar confianza a este proceso de interpretación y deliberación¹⁵⁰. Es el foro en el que los principios y cuestiones que rodean al Derecho Internacional de los Derechos Humanos pueden desarrollarse con menor tensión¹⁵¹.

La CorteIDH corre el peligro, si sigue con sus decisiones *extra legem*, de perder toda la autoridad con la que fue investida en su día. De nada sirve dictar opiniones consultivas que amplíen la esfera de protección de la CADH si los Estados americanos no las legitiman. El SIDH sólo puede avanzar si los Estados encuentran sintonía con estas opiniones, si la CorteIDH hace recomendaciones que los Estados pueden asumir en un corto-medio plazo. Sin embargo, hay que reconocer que la igualación de derechos que reclama el colectivo LGBTI, aunque es relativamente sencillo de llevar a cabo en ciertas esferas de actuación estatal (prohibiendo la discriminación existente en la ley y combatiendo el odio contra las personas LGBTI, por ejemplo), hay otras como el

¹⁴⁹ Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/25/2625, *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, 24 de octubre de 1970.

¹⁵⁰ T. BUERGENTHAHL, "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court", *American Journal of International Law*, Vol. 79, Nº 1 (1985), 1-27, p. 25.

¹⁵¹ J. PASQUALUCCI, "Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law", *Stanford Journal of International Law*, Nº 38 (2002), 241-288, p. 288.

derecho al matrimonio que, en cambio, levantan grandes oposiciones a las que los Estados americanos deben hacer frente y vencer sus resistencias¹⁵².

La circunstancia que acabamos de relatar es, sin duda, un obstáculo más político que jurídico para aplicar una opinión consultiva, las cuales, hemos dicho, no tienen efectos jurídicos vinculantes. Sin embargo, hay más elementos de la OC-24/17 que constituyen un gran avance, ajustado a Derecho, en el SIDH en lo que se refiere al colectivo LGBTI.

No podemos decir, por tanto, que la OC-24/17 sea vinculante para los Estados, pero la interacción de ésta con otras normas del SIDH sí que puede favorecer la creación de auténticas normas vinculantes para los Estados americanos. Hablamos de la especial relación que se crea, no sólo cuando la CorteIDH menciona resoluciones de la Asamblea General de la OEA, sino también, y aún más importante, el caso inverso.

En principio, la OC-24/17 tendría una fuerza moral, es decir, que los Estados deberían respetarla y promover las condiciones necesarias para asegurar su cumplimiento, a pesar de que, como decimos, no hay mecanismos coactivos que aseguren su aplicación.

Sin embargo, si los Estados adoptan (como han hecho durante los últimos 10 años) resoluciones en el ámbito de la Asamblea General de la OEA citando la OC-24/17 y comprometiéndose con sus decisiones, podríamos estar asistiendo a la formación de una costumbre internacional. La práctica ya la tendríamos, que serían todas aquellas actividades que manifiesten la voluntad de los Estados de proteger los derechos de las personas LGBTI en el hemisferio americano, y la *opinio iuris* sería la aceptación como Derecho de esa opinión consultiva.

Y es que al plasmarla en un documento político tan importante como es una resolución de la Asamblea General de la OEA, los Estados estarían “cristalizando” una posición jurídica que en principio no es vinculante, pero que pasaría (junto con otros elementos de muestra de inequívoca práctica de los Estados) a ser una norma internacional de obligado cumplimiento, como costumbre.

¹⁵² Para ver un mapa interesante y detallado de estas dialécticas de tensión en el continente americano (concretamente en el contexto latinoamericano al cual pertenecen la gran mayoría de países de la OEA), Vid. J. MORÁN, “Religión, secularidad y activismo heteropatriarcal: ¿Qué sabemos del activismo opositor a los derechos sexuales y reproductivos en Latinoamérica?”, en *Revista de Estudios de Género: La Ventana*, Nº 47 (2018), pp. 97-138.

Perfectamente el lector podría preguntarse: ¿A qué Estados comprometería la formación de esta costumbre? ¿A todos los Estados de la OEA? ¿A los que han ratificado la CADH? ¿A los que reconocen la competencia de la CorteIDH? La respuesta no es sencilla ni está libre de críticas. En principio, un Estado que no ha reconocido la competencia de la CorteIDH no debería sentirse vinculado por lo que ésta diga, y tampoco un Estado que no haya ratificado la CADH podría. Además, tampoco entrarían los Estados que se opongan pública y notoriamente a través de las citadas notas al pie de las resoluciones de la Asamblea General de la OEA sobre el colectivo LGBTI.

Esto no es óbice para que, sin embargo, el resto de Estados vayan conformando una costumbre que, a la larga, deje en minoría a los Estados citados arriba en la medida en que se vaya constituyendo en una auténtica costumbre del SIDH. Tampoco lo es para que todos los Estados decidan dar un gran paso ratificando la famosa Convención contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, con lo cual ya estaríamos hablando de obligaciones convencionales, no de costumbre internacional.

No obstante, por lo general, la formación de una costumbre puede llevar bastantes años, y entretanto hay personas en el continente americano que son discriminadas por su orientación sexual, identidad de género y expresión de género y sin las condiciones necesarias para realizarse como ciudadanos de una sociedad. En este sentido, ¿qué oportunidades tiene el colectivo LGBTI para ver satisfechos los avances que hace la CorteIDH en la OC-24/17 dentro de cada Estado? La respuesta a esta pregunta dependerá de la posición de los Estados ante esta opinión consultiva.

De esta manera, dejaríamos de hablar de un efecto vinculante de la opinión consultiva para hablar de una suerte de efecto anulatorio interno de carácter constitucional, es decir, que los jueces constitucionales de los Estados miembros consideren que la interpretación auténtica realizada por la CorteIDH es derecho de la CADH aplicada al interior de un país¹⁵³. La Corte Constitucional de cada Estado un análisis de Derecho Constitucional de la integración de las opiniones consultivas para que éstas desplieguen los efectos oportunos dentro de cada Estado.

A modo de ejemplo, podemos destacar el caso del Estado que planteó la presente opinión consultiva, Costa Rica, que ya cuenta con un importante precedente en este

¹⁵³ L. GONZÁLEZ, “La competencia de la Corte Interamericana a la luz de su jurisprudencia y su nuevo reglamento”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Nº 3 (2002), 118-146 pp. 125-126.

sentido: en el año 1985, la CorteIDH se pronunció sobre la colegiación obligatoria de periodistas en el Estado costarricense diciendo que era incompatible con la CADH¹⁵⁴, y 10 años más tarde, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica se pronunció diciendo que Costa Rica debía acatar la citada opinión consultiva por cuanto la CorteIDH, al interpretar la CADH y enjuiciar la ley nacional, da una resolución que tiene la misma fuerza y valor que la norma interpretada¹⁵⁵. Salvo cambio de opinión y omisión del precedente, por esta misma regla, Costa Rica debería acatar la OC-24/17 e implementar sus medidas.

Por último, vamos a ilustrar otro poderoso efecto que consideramos que tienen las opiniones consultivas, a la luz de la OC-24/17. Ya hemos observado cómo la CorteIDH ha interpretado la CADH en relación con las preguntas sobre los derechos de las personas LGBTI planteadas por Costa Rica. La CorteIDH ha establecido una interpretación auténtica de la CADH.

Y ya hemos visto cómo hay casos pendientes de resolver tanto en la ComisiónIDH y la CorteIDH relativos a personas LGBTI, y su respuesta, con bastante seguridad, incluirá la interpretación contenida en la OC-24/17. Con casi total seguridad, si los casos llegan a la CorteIDH, acabará resolviendo contra los Estados por violar los derechos de las personas LGBTI en lo que a su orientación sexual, identidad de género y expresión de género se refiere.

Por tanto, las opiniones consultivas, y por ende, la OC-24/17, tienen también un poderoso efecto de amenaza: si los Estados no implementan las medidas recogidas en esta opinión consultiva a favor del colectivo LGBTI, es posible que se den situaciones de conflicto que lleguen a los tribunales internos y que se abra la posibilidad de acudir al SIDH para ver protegidos sus derechos y ser resarcidos en cuanto se hayan visto afectados. Y estamos hablando de abrir la vía contenciosa (ya sea en la ComisiónIDH o, para aquellos Estados que hayan ratificado la CADH y la competencia de la CorteIDH, en ésta última), que sí genera efectos jurídicos vinculantes para los Estados, por lo que podemos decir que las opiniones consultivas sí que tienen un carácter coercitivo en cuanto a su futura aplicación en la vía contenciosa.

¹⁵⁴ CorteIDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1983, Serie A, Nº 5).

¹⁵⁵ Costa Rica. Corte Suprema de Costa Rica (Sala Constitucional). Acción Inconstitucional Nº 2313-95 de 9 de mayo de 1995.

En resumen, en este trabajo hemos tratado de demostrar la existencia de 3 vías para hacer vinculante la OC-24/17 en el continente americano. De forma escueta y precisa, podemos decir que éstas son:

1. La más difícil de conseguir, la interacción de la OC-24/17 con otros textos del SIDH emanados de la voluntad de los Estados que manifiesten la práctica de los mismos y la consideración de los efectos de esta opinión como un Derecho vinculante para los mismos, es decir, por la vía de la costumbre.
2. La actuación de los altos Tribunales de cada Estado para determinar los efectos que la OC-24/17 tenga en ellos de acuerdo a su Constitución y a su legislación interna, elemento de volatilidad que no permite la uniformidad en el SIDH.
3. El efecto de amenaza, que avisa a los Estados de más que posibles futuras condenas en el ámbito contencioso del SIDH si violan los derechos de las personas LGBTI, yendo en contra de lo dispuesto en la propia OC-24/17.

Estas afirmaciones ya suponen un gran avance dentro del SIDH, pero es necesario ponerlas en contexto junto a todo lo que hemos ido explicando en el transcurso del trabajo. Para entender mejor cómo entran en el marco general, se exponen a continuación las conclusiones del trabajo.

IV. CONCLUSIONES

La cuestión de los efectos jurídicos de las opiniones consultivas sigue siendo un debate abierto dentro del SIDH y entre los propios académicos estudiosos del mismo. Ha sido, precisamente, esa respuesta abierta la que ha favorecido la búsqueda de elementos seguros que concreten ciertos caracteres vinculantes de dichas opiniones. En este trabajo hemos pretendido definir y fijar estos elementos para introducir más elementos de debate que enriquezcan la cuestión y contribuyan a un mayor esclarecimiento en el futuro.

Pero no sólo hemos hablado de los efectos jurídicos de las opiniones consultivas de la CorteIDH: también hemos hecho análisis separados sobre la función consultiva internacional en el ámbito universal e interamericano; así como un estudio de la situación de los derechos del colectivo LGBTI en el mundo y en el ámbito de los Estados de la OEA.

Teniendo en cuenta, por tanto, este carácter multidisciplinar y holista de nuestro trabajo, el objetivo de este último apartado no es otro que el de realizar una recapitulación de todo lo que hemos dicho hasta ahora para extraer las conclusiones oportunas. Ello con el fin de clarificar el contenido y de resaltar las ideas más lúcidas y útiles para el futuro desarrollo académico e institucional del tema. Dicho todo esto, las principales conclusiones que hemos extraído de este trabajo son las siguientes:

1. La función consultiva internacional es de naturaleza judicial: Ya estemos hablando de la función consultiva en el ámbito universal de la CIJ o el interamericano de la CorteIDH, en ambos casos no parece haber duda de que las opiniones consultivas tienen una naturaleza judicial, no sólo porque emanan de tribunales internacionales, sino por el uso ordenado de las fuentes del Derecho Internacional y el respeto de sus normas para emitir una opinión jurídica.

2. La función consultiva interamericana es una de las más amplias y productivas del mundo: La posibilidad que tiene la CorteIDH de interpretar cualquier tratado concerniente a la protección de Derechos Humanos y la legitimación activa tan extensa para pedirle una opinión consultiva (los Estados pueden solicitarla, a diferencia de lo que sucede en la CIJ) son algunas de las muestras de esta amplitud. La actividad consultiva de la CorteIDH ha sido fundamental para el desarrollo de los Derechos Humanos contenidos en la CADH dentro del continente americano.

3. Las opiniones consultivas, a pesar de no ser obligatorias ni vinculantes *per se*, gozan de gran autoridad moral e impulsan el desarrollo del Derecho Internacional:

Ni los académicos ni los propios Jueces de la CIJ y de la CorteIDH consideran que las opiniones consultivas generen efectos vinculantes para los Estados y las Organizaciones Internacionales, ni tampoco que sean de obligado cumplimiento. Hemos dedicado buena parte de nuestro trabajo a mostrar el debate existente en la academia sobre los efectos jurídicos de las opiniones consultivas y quizá la postura más reivindicada por los autores es la de considerar que éstas gozan de importantes efectos morales.

Ahora bien, eso no significa que las opiniones consultivas sean papel mojado, sino todo lo contrario. Hemos puesto de manifiesto cómo ayudan a que la protección de los Derechos Humanos progrese en el hemisferio americano y, sobre todo, que en contacto con otras fuentes del Derecho Internacional, tanto principales como auxiliares, coadyuvan a la creación de normas jurídicas con efectos jurídicos vinculantes para los Estados, por ejemplo en forma de costumbre internacional.

4. La protección del colectivo LGBTI está siendo fuertemente impulsada en los últimos años en el terreno internacional gracias a la acción de las Organizaciones Internacionales y de sus respectivos órganos: La realidad del colectivo LGBTI, ignorada durante bastante tiempo, ha cobrado relevancia y visibilidad en lo que a la protección de su orientación sexual, identidad y expresión de género se refiere. En el ámbito universal de la ONU, el progreso es lento pero firme, y en el SIDH de la OEA, la protección ha avanzado a pasos agigantados en los últimos 10 años gracias a las resoluciones de la Asamblea General de la OEA. Además, se han creado convenciones como la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia de 2013 en la que se protege directamente contra cualquier trato discriminatorio por los motivos arriba mencionados, lo cual constituye un gran paso, así como órganos específicos de estudio de la situación LGBTI, como la Relatoría Especial para los Derechos de las Personas LGBTI, en el marco de la ComisiónIDH.

Pero donde más visible se está haciendo el avance es, sin duda, en el aspecto contencioso, no sólo en la ya citada ComisiónIDH, sobre la que penden todavía muchos casos aún no resueltos que condicionarán el futuro del colectivo LGBTI en América, sino también en la breve pero contundente jurisprudencia de la CorteIDH que ha servido para establecer importantes principios de protección para este colectivo.

5. La OC-24/17 ha supuesto el avance más categórico en términos de derechos a favor del colectivo LGBTI por las decisiones a las que llega, si bien corre el peligro de llegar a ser ignorada por su exceso de autoridad: No cabe duda de que la CorteIDH realiza una auténtica defensa en el plano jurídico de los derechos de las personas LGBTI, cuya situación en los países americanos dista mucho de ser la ideal. Reconociendo la obligación de los Estados de legislar contra la discriminación por los motivos ya citados, de establecer algún mecanismo para que las personas trans vean reconocida su identidad de forma efectiva y sin perjuicios y de que exista alguna forma de proteger los derechos patrimoniales de las parejas formadas por personas del mismo sexo, la CorteIDH ha dado un paso de gigante a favor del colectivo LGBTI.

Ahora bien, como ya hemos afirmado con referencia a la OC-24/17, la CorteIDH toma una serie de decisiones que atentan contra el principio de soberanía de los Estados, pues asume un rol casi de legislador (no de intérprete de la ley) y realiza unas recomendaciones difícilmente asumibles por los Estados en un corto plazo. Los Estados tienen que eliminar primero las fuertes resistencias que existen dentro de los mismos para poder integrar las decisiones de la CorteIDH, lo cual no ayuda a que los Estados vean en ella un apoyo y una autoridad moral como venía teniendo hasta ahora.

6. A pesar de lo que hemos afirmado sobre las opiniones consultivas, y como conclusión final, hay ciertos elementos que podrían permitir hacer vinculante la OC-24/17 en los Estados americanos: En la aplicación práctica de los contenidos teóricos que hemos reflejado en el trabajo hemos podido observar cómo hay tres formas para hacer que la OC-24/17 se aplique en los Estados americanos: por la vía de la costumbre en interacción con otras fuentes jurídicas internacionales, por decisión del propio Estado a través de sus tribunales internos o de otros poderes y por el “efecto de amenaza” de la OC-24/17 respecto de posibles casos contenciosos que puedan surgir.

Hay muchas formas de hacer progresar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, sin duda, la función consultiva es una de las menos visibles pero a la vez de las más efectivas. La autoridad moral que la CorteIDH desprende en sus actuaciones es la clave para hacer avanzar los Derechos Humanos, especialmente para un colectivo minoritario tan desprotegido como es el de las personas LGBTI. La OC-24/17 constituye un instrumento más de esta lucha por lograr que la discriminación por la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género sean un día tan sólo un triste capítulo que dejar atrás de una feliz historia que ya ha comenzado.

V. BIBLIOGRAFÍA

R. AGO, “‘Binding’ advisory opinions of the International Court of Justice”, *American Journal of International Law*, N° 85 (1991), 439-451, pp. 440-442.

D. BROWN, “Making Room for Sexual Orientation and Gender Identity in International Human Rights Law: An Introduction to the Yogyakarta Principles”, *Michigan Journal of International Law*, N° 31 (2010), 821-879, p. 823

T. BUERGENTHAHL, “The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court”, *American Journal of International Law*, Vol. 79, N° 1 (1985), 1-27, p. 25.

M. CAPELLETTI, “The law-making power of the judge and its limits: a comparative analysis”, *Monash University Law Review*, N°8 (1981), 15-67, p. 19.

G. CAREAGA, “The Protection of LGBTI Rights: An Uncertain Outlook”, *SUR - International Journal of Human Rights*, N° 20 (2014), 143-149, p. 144.

R. CELORIO, “The Case of Karen Atala and Daughters: Toward a Better Understanding of Discrimination, Equality, and the Rights of Women”, *The City University of New York Law Review*, Vol. 14, N° 2 (2012), 335-389, pp. 387-388.

K. CRENSHAW, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, Vol. 1989, N° 1 (1989), pp. 139-167.

C. DUNSHEE DE ABRANCHES, “The Inter-American Court of Human Rights”, *American University Law Review*, N°30 (1980), 79-125, p. 104.

F. EDEL, *Case law of the European Court of Human Rights relating to discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity*, Ed. Council of Europe (2015). Consultado el 14 de junio de 2018 en <https://rm.coe.int/090000168045d74a>

C. ESPÓSITO, *La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia*, Ed. McGraw-Hill/Interamericana de España, Madrid 1996, pp. 31-32.

H. FAÚNDEZ LEDESMA, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 1999, pp. 606-610.

J. A. FROWEIN y K. OELLERS-FRAHM, “Article 65”, en A. ZIMMERMANN, C. TOMUSCHAT, K. OELLERS-FRAHM y C. J. TAMS (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Ed. Oxford University Press, Oxford 2012, 1605-1638, p. 1624.

L. GONZÁLEZ, “La competencia de la Corte Interamericana a la luz de su jurisprudencia y su nuevo reglamento”, *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, N° 3 (2002), 118-146, pp. 125-126.

A. GUEVARA PALACIOS, *Los Dictámenes Consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Interpretación constitucional y convencional*, Ed. J.M. Bosch Editor e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Barcelona 2012, p. 286.

J.C. HITTERS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N°10 (2008), 131-156, pp. 148-150.

C. JIMÉNEZ PIERNAS, “La costumbre internacional y los actos unilaterales”, en M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público (18ª Edición)*, Ed. Tecnos, Madrid 2013, 136-160, p. 149

M. KOSKENNIEMI, “Advisory opinions of the International Court of Justice as an instrument of preventive diplomacy”, en N. AL-NAUMI y R. MEESE (eds.), *International legal issues arising under the United Nations decade of International Law*, Ed. Kluwer Law International, La Haya 1995, 599-619, p. 604.

M. LACHS, “Reflections on the Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Law”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, N° 10 (1983), 239-278, p. 249.

H. LAU, “Sexual Orientation: Testing the Universality of International Human Rights Law”, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 71, N°4 (2004), 1689-1720, p. 1699-1700.

X. LUTCHMIE, “An Expanding Human Rights Corpus: Sexual Minority Rights as International Human Rights”, *Cardozo Journal of Law & Gender*, N° 20 (2014), 337-369, p. 345

T. F. MAYR y J. MAYR-SINGER, “Keep the Wheels Spinning: The Contributions of Advisory Opinions of the International Court of Justice to the Development of International Law”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 76, N° 2 (2016), 425-449, pp. 443-446.

J. MCGILL, “SOGI... So What? Sexual Orientation, Gender Identity and Human Rights Discourse at the United Nations”, *Canadian Journal of Human Rights*, Vol. 3, N° 1 (2014), 1-38, pp. 18-19.

D. NEGRO, “Orientación sexual, identidad y expresión de género en el Sistema Interamericano”, *Agenda Internacional*, N° 28 (2010), 153-175, pp. 159-160.

_____, “Los avances más recientes en la protección de los derechos humanos del grupo LGBTI en el ámbito interamericano”, *Derecho PCUP*, N° 73 (2014), 155-183, p. 178.

P. NIKKEN, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en CorteIDH, *Memoria del Seminario: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI T. I*, CorteIDH, San José 2003, 161-181, pp. 165-166 y 171-176.

A. NUÑO, “Artículos 64, 65 – Función consultiva e informes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en C. STEINER y P. URIBE (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, México D.F. y Bogotá 2014, 906, pp. 903-913.

J. PASQUALUCCI, “Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law”, *Stanford Journal of International Law*, N° 38 (2002), 241-288, p. 288.

A. PAÚL, “Examining Atala-Riffo and Daughters v. Chile, the first Inter-American Case on sexual orientation, and some of its implications”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, Vol. 7, N° 1, 54-74, pp. 64 y 74.

C. PIZZOLO, “Algunas reflexiones sobre la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, N°11 (2012), 2-32, p. 3.

J. PUENTE, “Consideraciones sobre la Naturaleza y Efectos de las Opiniones Consultivas”, *Zeitschrift für ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, N° 4 (1971), 730-809, pp. 752-753.

J. E. ROA, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia – Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá 2015, pp. 99-100.

V. RODRÍGUEZ RESCIA, “El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, *Derecho y Realidad*, N° 22 (2013), 275-309, pp. 286-287.

J. M. RUDA, “Some of the Contributions of the International Court of Justice to the Development of International Law”, *New York University Journal International Law & Politics*, N° 24 (1991), 35-68, p. 35.

N. P. SAGÜÉS, “Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad”, *Revista Ius et Veritas*, N°50 (2015), 292-297, p. 296.

F. SALVIOLI, “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial”, en S. FABRÍS (ed.), *Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade*, T. III, Ed. Sergio Antonio Fabrís Editor, Brasilia 2004, 417-472, p. 469.

R. TAMAYO, “El desarrollo del Derecho Internacional a través de la función consultiva de la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, N° 3 (2010), 71-87, p. 83.

M. E. VENTURA ROBLES y D. ZOVATTO, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Naturaleza y principios 1982-1987*, Editorial Civitas, Madrid 1989, pp. 62-63.

F. WALTER, *Law and the Gay Rights Story: The Long Search for Equal Justice in a Divided Democracy*, Rutgers University Press, New Brunswick, pp. 36-37.

D. ZOVATTO, “Antecedentes de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estudios y Documentos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José 1986, 207-254, pp. 220 y 222.

VI. ÍNDICE DE LA PRÁCTICA

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

ComisiónIDH, Informe N° 81/09. Petición 490-03. Solución Amistosa. X. Chile. 6 de agosto de 2009.

_____, Informe N° 139/09. Caso 12.502. Fondo. Karen Atala e Hijas. Chile. 18 de diciembre de 2009.

_____, Informe N° 81/13. Caso 12.743. Fondo. Homero Flor Freire. Ecuador. 4 de noviembre de 2013.

_____, Informe N° 3/14. Caso 11.656. Fondo. Marta Lucía Álvarez Giraldo. Colombia. 31 de marzo de 2014.

_____, Informe N° 5/14. Caso 12.841. Fondo. Ángel Alberto Duque. Colombia. 2 de abril de 2014.

_____, Informe N°. 99/14, Petición 446-09. Admisibilidad. Luis Alberto Rojas Marín. Perú. 6 de noviembre de 2014.

_____, Informe N°. 30/15, Petición 1263-08. Admisibilidad. Sandra Cecilia Pávez Pávez. Chile. 21 de julio de 2015.

_____, Informe N°. 11/16. Petición 362-09. Admisibilidad. Luiza Melinho. Brasil. 14 de abril de 2016.

_____, Informe N°. 64/16. Petición 2332-12. Admisibilidad. Vicky Hernández y Familia. Honduras. 6 de diciembre de 2016.

_____, Informe N°. 66/16. Petición 824-12. Admisibilidad. Tamara Mariana Adrián Hernández. Venezuela. 6 de diciembre de 2016.

_____, Informe N°. 73/16. Petición 2191-12. Admisibilidad. Alexa Rodríguez. El Salvador. 6 de diciembre de 2016.

_____, *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. Consultado el 21 de junio de 2018 en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaPersonasLGBTI.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos - Sentencias

CorteIDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239.

_____, *Caso Duque vs. Colombia, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C, N° 310.

_____, *Caso Flor Freire vs. Ecuador (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 31 de agosto de 2016, Serie C, N° 315.

Corte Interamericana de Derechos Humanos – Opiniones consultivas

CorteIDH, *"Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, N° 1, párrafos 8, 14, 17, 22, 25 y 51.

_____, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, N°2, párrafos 14 y 16.

_____, *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983, Serie A, N°3, párrafos 32 y 43.

_____, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1983, Serie A, N° 5.

_____, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A, N° 10, párrafos 10-15, 17 y 43.

_____, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-15/97 de 14 de noviembre de 1997, Serie A, N° 15, párrafo 26.

_____, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías al debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A, N° 16.

_____, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A, N°17.

_____, *Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación*

con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017, Serie A, N° 24, párrafos 3, 32, 81, 83, 84, 99, 116, 160, 199, 218 y 226-228.

_____, Voto individual del Juez Eduardo Vio Grossi, párr. 66-69 y 104.

Corte Internacional de Justicia

International Court of Justice, *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Separate opinión by Judge Azevedo, I.C.J. Reports 1950, 79-88, p. 80.

_____, *Judgments of the Administrative Tribunal of the International Labour Organisation upon complaints made against the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*, ICJ Reports 1956, 77-103, p. 84.

_____, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, 226-267, p. 234, párr. 13.

Organización de Estados Americanos

Organización de Estados Americanos, OEA/Ser.C/II.5, *Acta final*, 18 de agosto de 1959, Resolución VIII, Resolutivo I

_____, OEA/Ser.C/II.5, *Acta final*, 18 de agosto de 1959, Resolución VIII, Resolutivo II

_____, OEA/Ser.K/XVI/1.2, *Actas y Documentos*, 7-22 de noviembre de 1969.

_____, Asamblea General, AG/RES. 1271 (XXIV-O/94), *No Discriminación y Tolerancia*, 10 de junio de 1994

_____, Asamblea General, AG/RES. 2126 (XXXV-O/05), *Prevención del Racismo y de toda forma de Discriminación, Intolerancia y consideración de la elaboración de un Proyecto de Convención Interamericana*, 7 de junio de 2005

_____, Asamblea General, AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), *Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad”*, 3 de junio de 2008

_____, Asamblea General, AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, 3 de junio de 2008.

_____, Asamblea General, AG/RES.2600 (XL-O/10), *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, 8 de junio de 2010.

_____, Asamblea General, AG/RES. 2606 (XL-O/10), *Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia*, 8 de junio de 2010.

_____, Asamblea General, AG/RES. 2677 (XLI-O/11), *Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia*, 7 de junio de 2011

_____, Asamblea General, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*, 7 de junio de 2011.

_____, Asamblea General, AG/RES.2807 (XLIII-O/13), *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género*, 6 de junio de 2013.

_____, Asamblea General, AG/RES.2863 (XLIV-O/14), *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género*, 5 de junio de 2014.

_____, Comité Jurídico Interamericano, CJI/doc.474/15 rev. 2, *Privacidad y protección de datos personales*, 26 de marzo de 2015.

_____, Asamblea General, AG/RES. 2887 (XLVI-O/16), *Promoción y Protección de Derechos Humanos*, 14 de junio de 2016

_____, Asamblea General, AG/RES.2908 (XLVII-O/17), *Promoción y Protección de Derechos Humanos*, 21 de junio de 2017

Organización de las Naciones Unidas

Naciones Unidas, Asamblea General, A/RES/25/2625, *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, 24 de octubre de 1970.

_____, Comité de Derechos Humanos, Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005, *Comunicación 1361/2005 (caso X. c. Colombia)*, 14 de mayo de 2007.

_____, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/19/41, *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, 17 de noviembre de 2011.

_____, Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/32/2, *Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género*, 30 de enero de 2016.

_____, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/35/36, *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*, 19 de abril de 2017.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Tercera). Asunto Smith y Grady contra Reino Unido. Sentencia de 27 de diciembre de 1999.

_____. (Sección Tercera). Asunto Lustig-Prean y Beckett contra Reino Unido. Sentencia de 27 de diciembre de 1999.

_____. (Sección Cuarta). Asunto Beck, Copp y Bazeley contra Reino Unido. Sentencia de 22 de enero de 2003.

_____. (Sección Cuarta). Asunto Perkins y R. contra Reino Unido. Sentencia de 22 de enero de 2003.

Sentencias de tribunales nacionales

Colombia. Corte Constitucional (Sala Plena). Sentencia núm. C-336/08 de 16 de abril.

_____. Corte Constitucional (Sala Segunda de Revisión). Sentencia núm. T-051/10 de 2 de febrero.

Costa Rica. Corte Suprema de Costa Rica (Sala Constitucional). Acción Inconstitucional N° 2313-95 de 9 de mayo de 1995.

Tratados y legislación internacionales

Convención Americana Sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre 1969 (entrada en vigor: 18 de julio de 1978), art. 29, apartado d).

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Diario Oficial de las Comunidades Europeas (2000/C 364/01) del 18 de diciembre de 2000.

Organización de Estados Americanos, Asamblea General, AG/RES. 448 (IX-O/79), *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 31 de octubre de 1979, arts. 1 y 2.

Organización Internacional del Trabajo, *Estatuto del Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo*. Consultado el 5 de julio de 2018 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_488001.pdf.